Der negative Leistungsanspruch und die Geschichte seines Rechtsschutzes.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Alfred Stephan
Referendar.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Leonhard.

C. H. Beck'sche Buchdruckerei in Nördlingen.

Meinen Eltern

in Dankbarkeit zugeeignet.

Einleitung.

§ 1.

Je nachdem der Rechtsschutz, den unsere Rechtsordnung dem einzelnen gewährt, seine Aufgabe darin sieht, den Ausgleich bereits entstandener Rechtsverletzungen herbeizuführen oder künftige Verletzungen zu verhüten, sprechen wir von einem ausgleichenden oder vorbeugenden Rechtsschutz. Ein Hauptziel des ausgleichenden Rechtsschutzes geht dahin, die Folgen einer bereits verübten Rechtsverletzung aufzuheben, namentlich ökonomische Vermögensverschiebungen, welche auf die Rechtsverletzung zurückzuführen sind, rückgängig zu machen. Künftige Rechtsverletzungen sind für ihn in der Regel ohne jede Bedeutung. Umgekehrt ist es lediglich Aufgabe des präventiven Rechtsschutzes, künftige Rechtsverletzungen zu verhüten. Bereits erfolgte Verletzungen haben für ihn höchstens die Bedeutung, daß sie neue Zuwiderhandlungen wahrscheinlich machen. Eine Beseitigung der Folgen bereits erfolgter Rechtsverletzungen kann mit seiner Hilfe nicht herbeigeführt werden.

Es ist eine Eigenart unserer deutschen und wohl auch der meisten anderen Gesetzgebungen, daß bei ihnen der ausgleichende Schutz auf Kosten des vorbeugenden bevorzugt wird. Immer mehr wurde das Gebiet der kontraktlichen und deliktischen Schadensersatzklagen ausgedehnt, während die Entwickelung der präventiven Schutzmittel, namentlich die der Unterlassungsklage, des praktisch wichtigsten dieser Schutzmittel, damit absolut nicht Schritt hält.

Der Grund hierzu dürfte zunächst in der geschichtlichen Entwickelung unseres Rechts zu suchen sein. Vom römisch-rechtlichen

Grundsatz der pecuniaria condemnatio ausgehend, hatte das ältere gemeine Recht nur wenig Raum für die Unterlassungsklage, und auch als man den obigen Grundsatz über Bord warf, hielt der konservative Geist des gemeinen Rechts dieses von einer kräftigeren Entwickelung des vorbeugenden Rechtsschutzes ab. Dazu kommt noch, daß auch die Wissenschaft der Unterlassungsklage ein sehr geringes Interesse entgegenbrachte. Während die materiellrechtliche Seite der Unterlassungsklage in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung lange Zeit so gut wie gar keine Beachtung fand, ist in ihrer prozessualen Entwickelung wenigstens insoweit ein Erfolg zu verzeichnen, als man an eine bessere Ausgestaltung der executio ad non faciendum ging und so diejenigen Grundsätze schuf, die im wesentlichen auch heut noch für die zwangsweise Erwirkung einer Unterlassung gelten.

Das Geltungsgebiet der Unterlassungsklage jedoch blieb dasselbe.

Erst der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts blieb es vorbehalten, in dieser Beziehung Wandel zu schaffen. Die Gesetze über den gewerblichen und künstlerischen Urheberrechtsschutz gewährten die Unterlassungsklage teils ausdrücklich, teils wurde sie in analoger Anwendung nach den Grundsätzen der actio negatoria verliehen. Den gleichen Weg betrat das Handelsgesetzbuch, als es zum Schutz des Firmenrechts einen Unterlassungsanspruch statuierte. Immerhin war und blieb die Unterlassungsklage auf den Kreis der absoluten Rechte beschränkt, deren Anerkennung sich nur sehr langsam vollzog und deren Entwickelung auch heut noch lange nicht abgeschlossen ist. Doch genügte dies, um die hervorragende praktische Bedeutung der Unterlassungsklage ins rechte Licht zu setzen.

In diese Entwickelung fällt die Zeit der Vorbereitung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Die Wissenschaft hatte, was die Unterlassungsklage anlangt, dem Gesetzgeber nicht besonders vorgearbeitet. Erst als der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs veröffentlicht wurde und zahlreiche Untersuchungen des Anspruchsbegriffs im allgemeinen zur Folge hatte, wiesen einzelne Kritiker, zum Teil recht nachdrücklich, auf die Besonderheiten des Unterlassungsanspruchs

gegenüber dem positiven Leistungsanspruch hin — jedoch ohne besonderen Erfolg. Im Bürgerlichen Gesetzbuch spielt die Unterlassungsklage eine recht bescheidene Rolle. Immerhin war das Interesse an diesem eigenartigen Rechtsinstitut erwacht. In richtiger Erkenntnis der praktischen Verwertbarkeit der Unterlassungsklage suchte die Rechtsprechung ihr trotz der mangelhaften gesetzlichen Regelung ein möglichst großes Anwendungsgebiet zu schaffen, stieß jedoch hierbei wiederum zum Teil auf heftigen Widerspruch in der Theorie. Andrerseits war es für die wissenschaftliche Behandlung eine sehr dankbare Aufgabe, das Wesen der Unterlassungsklage klarzulegen, ohne daß jedoch hierin eine Einigung erzielt worden wäre.

I. Geschichtliche Entwickelung der Unterlassungsklage.

a. Im römischen Recht.

§ 2.

Eine Unterlassungsklage im heutigen Sinne war dem römischen Recht unbekannt.

Der Grund hierfür liegt einerseits darin, daß die Unterlassungsklage im wesentlichen ein Produkt der neuzeitlichen Lebensverhältnisse mit ihrem verwickelten Rechtsverkehr ist und daher im römischen Recht eine nur unbedeutende Stellung einnahm. Außerdem aber ist es namentlich auf den römischen Zivilprozeß zurückzuführen, daß unsere Unterlassungsklage mit ihrer charakteristischen Vollstreckung dem römischen Recht fremd blieb.

Wohl kannte es eine actio negatoria, die dem Eigentümer zur Abwehr angemaßter Servituten[1]) diente. Doch zeigt sich die Unzulänglichkeit dieses Rechtsbehelfs, abgesehen von seinem verhältnismäßig kleinen Geltungsgebiet namentlich in den Zielen, auf welche die Klage gerichtet war. Ihr nächstes Ziel war Beseitigung des das Eigentum beeinträchtigenden Zustandes;[2]) ferner Ersatz des durch die Beeinträchtigung entstandenen Schadens, der entweder auf Grund einer vorher abgeschlossenen stipulatio damni infecti[3]) oder als das Interesse des Eigentümers berechnet wurde. Erst in letzter Linie hatte der Richter bei der actio negatoria auf Antrag

---

[1]) l. 2 pr. Dig. 8, 5. Windscheid, Pandekten § 198, Dernburg, Pandekten I § 256.

[2]) l. 17 § 2 Dig. 8, 5; l. 14 pr. Dig. 8, 5.

[3]) l. 17 § 2 Dig. 8, 5; l. 29 Dig. 8, 2.

des Klägers dem Störer die Bestellung einer Sicherheitsleistung[1]) gegen Wiederholung der Beeinträchtigung (cautio de non amplius turbando) aufzuerlegen. „Si vero . . . cautionem non praestat, tanti condemnet, quanti actor in litem iuraverit", setzt Paulus[2]) dieser Bestimmung hinzu.

Es ist ersichtlich, daß diese Pflicht zur Sicherheitsleistung ihrem Wesen nach ein Mittel zur Sicherung gegen künftige Störungen ist. Abgesehen von den sonstigen Mängeln, welche dieser Art von Unterlassungszwang anhaften, tritt das römische Prinzip der pecuniaria condemnatio darin zutage, daß die cautio de non amplius turbando nicht erzwungen werden kann, daß vielmehr dann, wenn die Sicherheitsleistung aus irgend einem Grunde nicht erfolgte, eine Verurteilung zur Leistung des Geldinteresses erfolgen mußte.

Es ergibt sich also, daß die aus der Verletzung der Unterlassungspflicht entspringende actio negatoria ihrem Wesen nach nicht auf das Unterlassen selbst, sondern nur auf das Geldinteresse, also auf eine positive Leistung, eine facere, gerichtet war. Dementsprechend ist auch das Gegenstück der negatoria, die actio confessoria, schon ihrem Wortlaut nach als positive Leistungsklage anzusehen.

Damit ist allerdings die Zahl der Rechtsbehelfe, durch die Ansprüche auf Unterlassung durchgesetzt werden konnten, nicht erschöpft. Die sogenannte operis novi nuntiatio nämlich diente dazu, den Grundstückseigentümer gegen bauliche Übergriffe seines Nachbarn zu schützen und so sein als ius prohibendi im technischen Sinne bezeichnetes Recht geltend zu machen.[3]) Doch war die operis novi nuntiatio nicht imstande, eine endgültige Regelung der Rechtsverhältnisse zwischen den beiden Grundstücksnachbarn herbeizuführen.

---

[1]) l. 12 Dig. 8, 5; l. 7 ibid., vgl. l. 5 § 6 Dig. 7, 6.

[2]) l. 7 i. f. Dig. 8, 5.

[3]) Schott, Das ius prohibendi und die formula prohibitoria, in der Festschrift der Breslauer Juristenfakultät, S. 14. Stölzel, Die Lehre von der operis novi nuntiatio und dem interdictum quod vi aut clam.

Der Einspruch des Nuntianten gegen den ihn schädigenden Bau und die ihm entsprechende Pflicht des Nuntiaten, die Weiterführung des Baues zu unterlassen, widrigenfalls er sich dem interdictum demolitorium aussetzte, trugen einen nur einstweiligen Charakter. Die Definitiventscheidung über das ius prohibendi wurde in einem sich an das Nuntiationsverfahren anschließenden ordentlichen Prozeß gefällt, der den allgemeinen Regeln des römischen Zivilprozesses, namentlich also auch dem Prinzip der pecuniaria condemnatio unterlag.

Alle diese Umstände, verbunden mit der Tatsache, daß die operis novi nuntiatio unter Justinian stark modifiziert wurde und im gemeinen Recht ganz verschwunden ist, zeigen, daß das genannte Rechtsinstitut auf die Entwickelung unserer Unterlassungsklage ohne Einfluß gewesen ist.

Auch die sogenannten prohibitorischen Interdikte, „quibus vetat (sc. praetor) aliquid fieri“,[1]) dienten im römischen Recht der Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen. Hierbei wurde die Unterlassung dadurch durchzuführen und festzustellen gesucht, daß nach erfolgter Zuwiderhandlung gegen das Interdikt[2]) seitens beider Parteien eine gegenseitige sponsio und restipulatio abgeschlossen wurde für den Fall, daß aliquid adversus edictum praetoris factum sit.[3]) Hierauf wurde ex sponsione geklagt. Hatte der Kläger hierbei ein obsiegendes Urteil erstritten, so fehlte es auch hier ebenso wie bei der operis novi nuntiatio an einem Urteil in der Sache selbst. Dieses erfolgte in einem den allgemeinen Regeln unterstehenden iudicium secutorium, wahrscheinlich mit der Intentio: „Si A^us^ A^us^ sponsione vicerit . . . . .“[4]) Ein urteilsmäßiger Ausspruch der Unterlassungspflicht erfolgte auch hier nicht. Es zeigt sich also, daß aus den prohibitorischen

---

[1]) Inst. 4, 15 § 1.

[2]) Schmidt, Das Interdiktenverfahren der Römer, S. 249.

[3]) Gaius, Inst. IV 141. Ubbelohde, Die Interdikte, I S. 506 f.

[4]) Ubbelohde a. a. O. II S. 127 ff., S. 260 f.

Interdikten „in Wahrheit nur Obligationen auf das Interesse an dem Unterlassen des entgegengesetzten facere“ [1]) erwuchsen.

Aus dem bisher Gesagten ist zu entnehmen, daß die Mittel, welche das römische Recht zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs gewährte, noch sehr unzureichend waren. Der Grund dazu wird zunächst und in der Hauptsache darin zu suchen sein, daß die Zwangsvollstreckungsgewalt, welche der römische Zivilprozeß dem Richter gab, nicht energisch genug war, um die Beobachtung einer Unterlassungspflicht wirksam durchzusetzen. Dazu kommt, daß, wie bereits erwähnt, die Unterlassungsklage eine gesteigerte Verfeinerung des Rechtsverkehrs voraussetzt, daß also zur Zeit des römischen Rechts noch gar kein Bedürfnis für eine Unterlassungsklage im heutigen Umfange bestand, die insoweit dem Lebensbedürfnis nachfolgende Rechtswissenschaft also gar nicht in die Lage kam, den juristischen Begriff einer „actio ad non faciendum“ zu prägen.

Ist also die Ausbildung der prozessualen Seite der Unterlassungsklage im römischen Recht als dürftig zu bezeichnen, so kann das Urteil nicht anders lauten bezüglich der materiellen Unterlassungsansprüche.

Für Ansprüche negativen Inhalts ließ das römische Recht nur wenig Raum. Selbst die in das Corpus iuris aufgenommenen Fälle dieser Art sind sehr spärlich. Abgesehen von l. 13 pr. Dig. 8, 4, wo eine in diesem Falle unmögliche Prädialservitut durch eine Obligation negativen Inhalts ersetzt wird, sind die von den Pandekten erwähnten Fälle von Unterlassungsansprüchen meist nur akzessorischer Natur. Die eine Servitut begründenden pacta scheinen eine notwendige Ergänzung gefunden zu haben in Stipulationen der in l. 2 § 5 Dig. 45, 1 genannten Art: „ . . . . per te non fieri neque per heredem tuum, quo minus mihi ire agere liceat“. Im übrigen aber kennt das Corpus iuris nur z. B. im Anschluß

---

[1]) Hartmann, Die Obligation S. 146 N. 6; Bekker, Die Aktionen des römischen Rechts, II S. 68 f.

an einen Kaufvertrag die Abmachung: „per te non fieri, quo minus mihi Erotem habere liceat“.[1]) Einer andern akzessorischen Obligation negativen Inhalts wird auch noch Erwähnung getan in l. 11 § 1 Dig. 19, 2: „Si in locatione convenit, ignem ne habeto . . . .“, eine Klausel, die auch heut noch bei der Miete von Sommerwohnungen in Kurorten nicht selten ist.

Bei dieser unbedeutenden Stellung, welche die Unterlassung im materiellen wie im prozessualen Recht einnahm und welche, wie bereits erwähnt, im wesentlichen auf die Mängel des römischen Exekutionsverfahrens zurückzuführen ist, kann es nicht auffallen, daß man in der Rechtswissenschaft das non facere von dem facere gar nicht erst trennte, sondern in § 7 Inst. 3, 15 unter die Kategorie des letzteren einfach subsumierte, so daß an der Definition der Obligation, wonach diese auf ein dare, facere, praestare gehen konnte, nichts geändert zu werden brauchte. Dieser theoretische Konstruktionsfehler war auch späterhin noch insofern von Bedeutung, als man sich lange Zeit hindurch nicht daran gewöhnen konnte, die Unterlassung als etwas vom positiven Tun prinzipiell Verschiedenes zu behandeln.

Eine weitere Folge jener geringen Bedeutung, die der Unterlassung im römischen Recht zukam, war die, daß der Mangel eines ausreichenden Rechtsbehelfs zu ihrer Geltendmachung gar nicht empfunden wurde, zumal jede, also auch die auf ein non facere gerichtete Obligation im Wege der Strafstipulation klagbar gemacht werden konnte und die akzessorischen Unterlassungsansprüche durch die auf den positiven Hauptanspruch gerichtete Klage (z. B. actio locati oder conducti) geltend gemacht wurden. Dazu kam, daß mit der Schaffung des Formularverfahrens auch die Möglichkeit geboten wurde, actiones in factum in einzelnen Fällen zu gewähren, in denen der normale Rechtsschutz versagt hätte oder das komplizierte Interdiktenverfahren notwendig gewesen wäre. Festzuhalten ist aber auch hier immer, daß diese Klagen keine Unter-

[1]) l. 75 § 7 Dig. 45, 1; vgl. auch l. 83 pr., l. 85 § 3 h. t.

lassungsklagen im heutigen Sinne waren, weil sie nicht auf das non facere, sondern auf eine positive Leistung, nämlich auf das Geldinteresse gerichtet waren.

Eine Umwälzung dieses Rechtszustandes hatte die vermutlich unter Diokletion (284—305) herbeigeführte Prozeßreform zur Folge. Auch für die Aktionen wurde das Verfahren der bisherigen extraordinaria cognitio üblich. Infolgedessen wurden schließlich die prozessualen Unterschiede zwischen actiones und interdicta beseitigt. Ein Ausspruch des Interdikts im konkreten Falle erfolgte überhaupt nicht mehr,[1]) vielmehr wurde sofort eine actio utilis oder sogenannte actio ex causa (exemplo, ad instar) interdicti[2]) gewährt, die denselben Zweck verfolgte wie das Interdikt selbst. Erkannte der Richter die Besorgnis des Klägers vor einer künftigen störenden Handlung als begründet an, so forderte er den Beklagten auf, dem Kläger für den Fall der Zuwiderhandlung eine bestimmte Geldsumme zu promittieren. Geschah dies, so wurde der Beklagte freigesprochen; verweigerte er die Verbalkaution, so erfolgte, ganz so wie schon früher z. B. bei der actio negatoria die Verurteilung in das durch ius iurandum in litem festgestellte Geldinteresse. Die Unterlassung selbst oder auch nur die cautio konnte also noch zur Zeit Justinians nicht Gegenstand des Urteils sein.[3]) Nur darin unterscheidet sich die actio utilis ex causa interdicti von der actio ex interdicto des klassischen Rechts, daß zu ihrer Erhebung eine Zuwiderhandlung gegen ein besonderes Interdikt nicht erforderlich war.[4])

So war es noch zur Zeit Justinians. In den folgenden Jahrhunderten aber bahnt sich ein neuer bedeutsamer Fortschritt an: die auf Unterlassungsklagen ergehenden Urteile lauten nicht

[1]) Ubbelohde, Die Interdikte II S. 418.

[2]) Vgl. z. B. l. 1 § 1 Cod. 8, 3; l. 2, l. 4 Cod. 8, 4; l. 2 Cod. 8, 2; l. 17 Cod. 4, 49; § 8 Inst. 4, 15.

[3]) Vgl. l. 13 § 1 Dig. 42, 1.

[4]) Ubbelohde a. a. O. II S. 465 ff. gegen Schmidt, Das Interdiktenverfahren der Römer, S. 328.

mehr auf eine pecuniaria condemnatio, sondern sprechen die Pflicht zur Unterlassung unmittelbar aus.

Der Brachylogus (um 1100) sagt in lib. IV tit. 28 § 2: „Prohibitoria sunt veluti interdictum, per quod praetor prohibet fieri vim sine vitio possidenti.“ Es könnte allerdings zweifelhaft sein, ob mit dem „prohibet“ auf das richterliche Endurteil oder nur auf jene Aufforderung des Richters an den Beklagten abgezielt sein soll, die Störung zu unterlassen und für den Fall der Zuwiderhandlung zu cavieren, widrigenfalls Verurteilung auf die litis aestimatio erfolgt.

Um so deutlicher aber spricht sich die Glosse aus, wenn sie[1]) ausführt: „Apparet ergo, quod debet fieri condemnatio, ne prohibeatur tunc. . . .“ Ebenso geht z. B. aus den von Tancredus und Durantis in großer Zahl überlieferten Klagbitten und Libellen ganz unleugbar hervor, daß der erste und unmittelbare Gegenstand der Unterlassungsklage das Verbot künftiger Störung und nicht etwa die Interesseleistung war. So gibt Durantis (1272) z. B. folgende Klagbitten wieder:[2]) „Unde ipsum prohiberi peto, . . .“, „ne me turbet“, „ne me impediat“. Die Verurteilung in das Geldinteresse, die nach altem Recht erfolgen mußte, wenn die Kaution verweigert wurde, die aber auch von vornherein beantragt werden konnte, so daß die Aufforderung zur Kautionsleistung wegfiel, trat ganz in den Hintergrund. Durantis[3]) sagt von ihr: Quidam tamen addunt (nämlich zur Klagebitte): „et quanti mea interest, non prohiberi vel impediri, eum mihi condemnari peto.“ Sed hoc non est necesse.

Am deutlichsten wird m. E. der Gegensatz zwischen dem ju-

[1]) Glossa ad l. 3 § 3 Dig. 43, 19 ad v. quanti.

[2]) Durantis, Speculum iud., lib. IV partic. II De causa possessionis et proprietatis § 2 Ziffer 3, 4, 7, § 3 Ziffer 1, 3, 4, 7, Uti possidetis § 1 Ziffer 7. De eo, qui mittitur in possessionem Ziffer 4. Specul. iud. lib. IV partic. I De libellorum conceptione § 9 Ziffer 15. Vgl. auch Tancredus, Ordo iudiciarius (1214) P. 2 tit. 11.

[3]) Durantis l. c. libr. IV part. II § 3 Ziffer 7.

stianischen und dem postglossatorischen Recht beleuchtet durch eine Bemerkung von Bartolus. Dieser schreibt ad l. 1 pr. Dig. 43, 17 n. 10 vom Uti possidetis: „Venio ad verbum neque pluris. Dicitur hic, quod istud interdictum datur ad interesse, contra imo datur, ne turber in possessione. Scil. datur in utrumque . . . .“

So ungefähr stand es um das Recht der Unterlassungsklage, als das römische Recht in Deutschland rezipiert wurde. Von der alten Auffassung des römischen Rechts, daß Klagbitte und Urteil nur auf ein dare, nicht auf ein facere oder gar ein non facere gerichtet sein können, hat man infolge der schließlich eingetretenen völligen Loslösung der Parteierklärungen von dem Wortlaut der älteren Formeln, möglicherweise auch nicht ganz ohne Beeinflussung durch das wachsende germanische Rechtsleben, sich zu der Auffassung durchgerungen, daß die Unterlassungsklage eben nicht eine positive Leistung, sondern ein non facere zum Inhalt hat, und demgemäß auch das alte Prinzip der pecuniaria condemnatio wenigstens bei ihr über Bord geworfen. Daß mit dieser Erkenntnis die Geschichte der Unterlassungsklage einen mächtigen Schritt vorwärts getan hat, steht außer Zweifel.

Der Folgezeit blieb es überlassen, die Mängel, welche der römischen executio ad non faciendum anhafteten, zu beseitigen.

b. Die Unterlassungsklage im deutschen Recht.

§ 3.

Für die Unterlassungsklage im deutschen Recht gilt insofern dasselbe wie im römischen Recht, als das mangelnde Verkehrsbedürfnis eine Untersagungsklage in dem Sinne und der Bedeutung von heute nicht aufkommen ließ. Darin aber unterschied sich das deutsche vom römischen Recht, daß ihm eine geschlossene Reihe von Klagetypen, wie sie das römische Recht kannte, fremd war, so daß die noch im Recht des Corpus iuris so wichtige Frage nach der Klag*form* gegenüber derjenigen nach dem *Inhalt* der Klage, nach

dem ihr zugrunde liegenden materiellen Recht wesentlich in den Hintergrund trat.

In der Tat ist auch das materielle Recht der Unterlassung insofern reicher entwickelt als im römischen Recht, als die Eigentumsbeschränkungen des Nachbarrechts und infolge der germanischen Dreifelderwirtschaft auch die sonstigen Duldungs- d. h. Unterlassungsservituten gegenüber dem römischen Recht nicht unerheblich vermehrt sind. Von diesen gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen des Nachbarrechts seien beispielsweise [1]) genannt das Verbot, neue Fenster, die auf des Nachbarn Hof hinausgehen, anzubringen, Bäume, Hecken oder Bauten besonders unangenehmer oder gefährlicher Art in unmittelbarer Nähe der Grenze zu haben, einen Grenzüberbau oder „Neidbau“ aufzuführen u. s. w. Beispiele ähnlicher Art gibt der Sachsenspiegel (Weiske-Hildebrand) II 49 § 1, II 50, 51, 52 § 2. Von den Duldungsservituten des deutschen Rechts seien erwähnt der Notweg, das Anwenderecht, Hammerschlags-, Überhangs-, Überfallsrecht, der Leinpfad. Daß das deutsche Recht auch eine der actio negatoria analoge Klage auf Abwehr rechtswidriger Eigentumsstörungen kannte, ist selbstverständlich.

Endlich dürfte an dieser Stelle auch noch eine andere speziell dem deutschen Recht eigentümliche Kategorie von Untersagungsrechten zu erwähnen sein: diejenigen, welche sich als Ausfluß gewisser Regalien wie des Jagdregals [2]) oder Bergregals darstellen oder aus dem Wesen der deutschen Zwangs- und Bannrechte sowie der ausschließlichen Gewerbegerechtigkeiten folgen. Die aus den genannten Rechten fließenden Untersagungsbefugnisse, an sich weder dinglicher noch persönlicher Natur, [3]) haben, soweit sie mit Regalien verbunden sind, einen unbeschränkten Geltungsbereich; soweit sie zum Wesen einer ausschließlichen Gewerbeberechtigung oder eines Zwangs- oder

---

[1]) Vgl. Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht, II. Band § 102.

[2]) Vgl. Ssp. II 61 § 3.

[3]) Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, I. Bd. S. 336, S. 341 ff.

Bannrechts gehören, sind sie auf einen bestimmten Bezirk beschränkt.[1]) — Obwohl die genannten Rechte unserer heutigen Auffassung nach öffentliche sind, war ihre Erwähnung in diesem Zusammenhange m. E. nicht zu umgehen, da das deutsche Recht bis zur Rezeption eine scharfe Scheidung zwischen öffentlichen und Privatrechten noch nicht vollzogen hatte und die obigen Rechte, wie unzweifelhaft feststeht, tatsächlich in jeder Beziehung Gegenstände des Privatrechtsverkehrs gewesen sind.[2])

Eine vertragliche Begründung selbständiger obligatorischer Unterlassungspflichten war aus dem bereits des öfteren erwähnten Grunde mangelnden Bedürfnisses dem deutschen Recht fast gänzlich unbekannt, wenigstens bieten die Rechtsquellen dieser Zeit für die Annahme des Gegenteils keinen Anhalt. Um so häufiger aber finden sich im deutschen Recht — und zwar schon in verhältnismäßig sehr früher Zeit — Pflichten negativen Inhalts, die lediglich als Begleiterscheinung einer bereits existenten positiven Verbindlichkeit auftraten. Diese vielleicht auffällige Erscheinung ist auf das germanische Prozeßwesen zurückzuführen.

Das germanische Recht stand unter dem Prinzip, daß der letzte praktische Endzweck des materiellen Rechts, die Rechtsänderung oder Rechtssicherung, möglichst unmittelbar mit dem formellen Urteilsspruch verknüpft werden muß, so daß durch das Urteil die fragliche Rechtssache ein für allemal mit einem Schlage zu Ende ist. Zu diesem Zweck schloß man die Exekution unmittelbar an die Urteilsfällung an und nahm die beabsichtigte Rechtsänderung nach Möglichkeit noch vor dem erkennenden Richter vor. Dasselbe gilt von der im Urteilserfüllungsgelöbnis übernommenen Verpflichtung, einen gewissen bestehenden Rechtszustand nicht zu ändern oder zu gefährden.

Die älteste Form des Urteilserfüllungsgelöbnisses ist die wadiatio, die aber, wenigstens ursprünglich, nur bei fälligen, un-

---

[1]) Kohler in Holtzendorffs Enzyklopädie I 636. Windscheid, Pandekten § 252 N. 2.

[2]) Heusler a. a. O. I. Bd. S. 336.

bedingten und genau umgrenzten Forderungen Anwendung fand. Eine Vertragsstrafe, die den ersten Weg zu einem Unterlassungsanspruch wies, konnte also nicht mit Hilfe der wadiatio begründet werden. Diesem Zweck diente die sogenannte stantia d. h. ein nicht wadiierter Vertrag, bei dem die Pönalstipulation per cartam abgeschlossen wurde.[1]) Als jedoch in der Folgezeit die wadiatio ihren strengen Charakter ablegte und auch zur Begründung von Vertragsstrafen geeignet wurde, verdrängte sie die bisher diesem Zwecke dienende stantia.[2]) Ein weiterer und letzter Schritt in der Entwickelung der Unterlassungsverträge war der, daß auch die Form der wadiatio verblaßte: der bloße Eid und Handschlag, schließlich das einfache Treuversprechen, die „bedächtliche Zusage" genügte, um eine klagbare Obligation, also auch eine solche auf Unterlassung zu begründen.

In der Tat nehmen bei den uns überlieferten Urteilserfüllungsgelöbnissen und auch bei sonstigen Verträgen die mittels einer Vertragsstrafe begründeten Unterlassungspflichten eine nicht unbedeutende Stellung ein. So mußte bei Prozessen um Grundeigentum in der Karolingerzeit der unterliegende Beklagte nicht nur wegen widerrechtlicher Anmaßung des Besitzes dem Kläger eine Buße zahlen, sondern auch bei Vermeidung von Vertragsstrafen die Unterlassung künftiger Störungen versprechen.[3]) Umgekehrt mußte der mit der Klage abgewiesene Kläger dem Beklagten dafür Sicherheit leisten,

---

[1]) Vgl. hierzu den bei Ficker, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens, IV Nr. 8 zitierten Fall, wo es sich um eine per cartam begründete conveniontia handelt, in der eine Vertragsstrafe für ein retollere aut contra . . . habere versprochen wird.

[2]) Dies beweisen namentlich die uns erhaltenen Kaufverträge jener Zeit (9. und 10. Jahrhundert). Sie enthalten meistens die Erklärung, daß nach feierlicher Hingabe der wadia die Verkäufer eine Vertragsstrafe versprachen, „si hanc venditionem vobis retornare aut remobere quesierimus". — Beispiele hierfür bietet der Codex diplomaticus Cavensis, tom. I Nr. 11, 21, 113, 127.

[3]) Vgl. Meichelbeck, Historia Frisingensis I. Bd. Nr. 125, 126.

daß er ihn fernerhin nicht mehr im Besitz der Streitsache behelligen würde.[1])

Dieselbe Erscheinung, daß in einem Urteilserfüllungsgelöbnis oder in einem andern Vertrage akzessorische Unterlassungspflichten begründet werden, zeigt sich übrigens nicht bloß im Recht der Karolingerzeit, sondern auch im langobardischen und sogar in dem stark unter deutschem Einfluß stehenden romanischen Recht des 11. Jahrhunderts. So lautet z. B. ein im Cartularium 5: de promissionibus refutationum (Monum. Germ. hist. Leges IV) veröffentlichtes Urteilserfüllungsgelöbnis auszugsweise folgendermaßen: „Petre, promitte et esponde te et tuos heredes . . . de terra quae est sui iuris . . . si amodo unquam in tempore habeatis agere et causare tu aut tui heredes aut cui ipsi dederint . . . . et omni tempore non permanseritis taciti et contempti, ut componatis duplem querimoniam et insuper poenam argenti libras decem. Dicis ita? — Dico.“[2])

Ein aus dem Jahre 1025 überliefertes Urteil des romanischen Prozesses mit sich daran schließendem Erfüllungsgelöbnis zeigt deutlich, daß die Vollstreckung keinen besonderen Abschnitt des Prozesses bildete, sondern daß unmittelbar im Anschluß an den Urteilsbefehl die Partei, an die er gerichtet war, ihn entweder sofort erfüllte oder doch seine Erfüllung durch formelles Versprechen sicherte.[3]) Im Auszuge lautet die genannte Urkunde, wie folgt: Ego iudico, postquam testes abere non poterit et iurare non audet (scil. der Beklagte), ut domna Imilla Comitissa . . . . et heredibus eorum sint taciti et contempti . . . . domnus Archiepiscopus (Kläger) . . . cum omnibus . . . successoribus maneant inde securi et quieti . . . . hobligamus nos, ut si . . . nos aut . . . heredes vel successores Ravennaticam

---

[1]) Meichelbeck a. a. O. I 2 Nr. 122 (a. 806), 123.

[2]) Vgl. auch Cartularium formularum 125, 19, 18, ferner Liber Papiensis Rothari 143. Liber Papiensis Widonis 5 form. 2.

[3]) Vgl. A. v. Bethmann-Hollweg, Der Zivilprozeß des gemeinen Rechts, 5. Bd. 1873 S. 173 ff., 384 f.

Ecclesiam vel Archiepiscopus eius molestare vel inquietare presumpserimus . . . compossituros nos esse . . . auri optimi libras decem.[1])

In der Ottonischen Zeit tritt die Entwickelung der executio ad non faciendum und damit die Geschichte der Unterlassungsklage selbst in ein neues Stadium. Während es bisher durchweg üblich war, die zwangsweise Durchführung der Unterlassung dadurch zu ermöglichen, daß der Schuldner dem Gläubiger für den Fall der Zuwiderhandlung Vertragsstrafen zusicherte, nimmt sich nunmehr (wenigstens in einzelnen Fällen) die Staatsgewalt der Durchführung der Unterlassungspflichten an und verbietet die Zuwiderhandlung unter Androhung des Königsbannes und namhafter Geldbußen, neben denen die privaten Vertragsstrafen bestehen bleiben konnten. Es liegt auf der Hand, daß dieses Verfahren gegenüber den privaten Vertragsstrafen den Vorzug verdient, nicht allein wegen der größeren Schwere und energischeren Durchführung der angedrohten Übel, sondern namentlich auch deshalb, weil die Staatsgewalt mit der Verhängung der angedrohten Strafen in Aktion trat, ohne auf die Initiative der Beteiligten Rücksicht zu nehmen, was namentlich dann von Vorteil war, wenn auch die Allgemeinheit an der genauen Beobachtung der auferlegten Unterlassungspflicht interessiert war. Als Beleg für das Gesagte diene ein von Tiraboschi[2]) mitgeteiltes Gerichtsprotokoll aus dem Jahre

[1]) Vgl. Fantuzzi, Monumenti Ravennati. Venezia. Bd. IV Nr. 21 (a. 1025), Bd. II Nr. 21 (a. 997), Nr. 25 (a. 1014), Nr. 42 (a. 1062), Bd. I Nr. 26 (a. 955). Vgl. ferner Galletti, Del primicero della santa sede apostolica e di altri uffizi magiori del sacro palagio Lateranense, Roma 1776, Nr. 21 (Placitum von 998) § 14, wo die mit der Klage abgewiesenen Kläger zur refutatio terrae gezwungen werden und unter Vertragsstrafen die Unterlassung künftiger Störungen versprechen müssen.

[2]) Tiroboschi, Storia dell' augusta badia di San Silvestro di Nonantola, Modena 1785, Nr. 161 S. 185, 186. Vgl. auch Fantuzzi, Monumenti Ravennati II Nr. 11, 21, 31 (a. 1036). Galletti, Del primicero Nr. 21 (a. 998) § 15, Nr. 26 (a. 1010), 27 (a. 1011). Ficker, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens, I. Bd. S. 36.

1046. Nachdem die Beklagten sich unter einer compositio in duplum und obendrein einer Geldstrafe von zwanzig Pfund Silbers verpflichtet hatten, „taciti et contenti et remoti“ zu sein, fährt das Protokoll fort: „Et ad haec ipse Gottebaldus missus et capellanus domini regis, cum taliter vidisset, misit bannum domini regis super eundem Accio prepositum et super iam dicto avocato et super iam Dicta ecclesia . . . in mancusos aureos duo milia, ut nullus quilibet homo . . . predicto monasterio . . . devestire audiat sine regali iudicio.“ Die angedrohten Geldstrafen wurden meist derart beigetrieben, daß „medietas camere domni imperatoris et medietas ipsi (d. h. dem durch die Zuwiderhandlung Geschädigten) et suis heredibus“ gezahlt wurden.[1])

Das Ergebnis unserer Erörterungen über die Geschichte der Unterlassungsklage im deutschen Recht ist also folgendes: die Unterlassungsklage im heutigen Sinne ist dem deutschen Recht zwar unbekannt; desto häufiger aber sind die im Urteil besonders ausgesprochenen akzessorischen Unterlassungspflichten. Ihre zwangsweise Durchführung wurde ursprünglich durch Begründung von Vertragsstrafen, später durch richterliche Androhung und Verhängung des Königsbannes und größere Geldbußen ermöglicht.

c. Die Unterlassungsklage im gemeinen Recht.

§ 4.

Als das römische Recht in Deutschland rezipiert wurde, fand es, was die Unterlassungsklagen anlangt, einen verhältnismäßig gut vorbereiteten Boden vor. Da dem deutschen Recht, wie bereits erwähnt, ein Kreis geschlossener Klagtypen unbekannt war, Klagantrag und Urteil vielmehr den verschiedensten Inhalt haben konnte,[2]) war das deutsche Recht in dieser Beziehung auf derselben Entwicke-

[1]) Vgl. Cartularium (Mon. Germ. hist. Leges IV) Nr. 25: noticia de bano.

[2]) Wächter, Erörterungen, Heft II S. 26.

lungsstufe angelangt wie das römische Recht seit der Glossatoren- und Postglossatorenzeit.

Klageantrag und Urteil gingen also nicht etwa auf Zahlung einer Geldsumme, die das Interesse des Geschädigten an der Unterlassung darstellt, sondern hatten die Unterlassung unmittelbar zum Gegenstande. So lautet z. B. das von Sebastian Brandt in seinem „Richterlich Clagspiegel“ angeführte Beispiel für einen Klageantrag bei einer actio ex causa interdicti Ne quid in loco sancto fiat: „Das nicht unsaubers auf einer gewichten statt geschehe: Bitt ich euch im sollichs zu verbieten.“[1]) Ebenso zeigen die gerichtlichen Erkenntnisse, namentlich aus dem Beginn des 17. Jahrhunderts, daß der erste und unmittelbare Inhalt eines negatorischen Urteils die Unterlassung selbst war.[2])

Damit war allerdings ein neuer Übelstand hervorgerufen. Denn während z. B. zur Zeit Justinians das Urteil aus einer Unterlassungsklage entweder ohne weiteres oder doch in den Fällen, in denen die an sich zulässige cautio de non amplius turbando nicht geleistet wurde,[3]) auf die litis aestimatio erging[4]) und wie eine gewöhnliche Geldschuld vollstreckt wurde, fehlte es nunmehr, da die Unterlassung selbst Gegenstand des Urteils und der Zwangsvollstreckung war, an einem Mittel, diese im Wege staatlichen Zwanges durchzusetzen. In dieser Not verfiel man auf die l. un. Cod. uti possidetis (8,6), aus der man infolge einer mißverständlichen Auslegung die Befugnis herauslas, bei allen Klagen wegen Besitzstörung im Urteil dem Störer eine cautio de non amplius turbando aufzuerlegen. In Verallgemeinerung des hierin ausgesprochenen Prinzips verband man auch in anderen Fällen von

---

[1]) Vgl. auch z. B. Böhmer, De actionibus (1749), Sect. II cap. 2 §§ 39, 40.

[2]) Vgl. z. B. Carpzov, Responsa (1709), lib. I resp. 69 num. 21 und 22.

[3]) Eltzbacher, Die Unterlassungsklage S. 16 ff.

[4]) Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses S. 649 ff.

Unterlassungsklagen[1]) zum Zweck der Vollstreckung mit dem verurteilenden Erkenntnis eine Verbalkaution[2]) des Schuldners, worin dieser gegen künftige Störung Sicherheit leistete.

So kam es, daß bei der Rezeption des römischen Rechts das in Deutschland schon seit Jahrhunderten übliche Strafversprechen des Schuldners in eine cautio de non amplius turbando umgedeutet wurde. Die daneben bereits aufgekommene öffentliche Strafe trat dem gegenüber einstweilen noch zurück.

Nun wurde allerdings schon früh von Schriftstellern, wie Cujacius,[3]) Donellus,[4]) Baro,[5]) Baldus[6]) erkannt, daß es sich in l. un. Cod. 8, 6 nur um eine vorläufige Feststellung des Besitzes zum Zweck der Regulierung der Parteirollen im bevorstehenden Eigentumsstreit handelt, daß infolgedessen die darin erwähnte satisdatio nur den Zweck hatte, die Rückgabe der Sache im Falle einer Verurteilung des derzeitigen Besitzers im petitorium zu sichern. Damit war gleichzeitig die Verwandbarkeit der genannten lex als als theoretische Grundlage der cautio de non amplius turbando aufgehoben. Obwohl die Richtigkeit dieser Erkenntnis auch von den deutschen gemeinrechtlichen Schriftstellern ohne weiteres zugegeben wurde,[7]) hielt man doch an der einmal ausgebildeten Praxis

---

[1]) Vgl. Glossa l. 3 § 3 Dig. de itinere actuque privato 3, 19 ad v. quanti. Bartolus l. un. Cod. 8, 6 ad v. ac satisdationis, derselbe ad l. 3 § 3 Dig. 43, 19, ad l. 1 § 6 Dig. 43, 17 unter Ziffer 10.

[2]) Den lediglich verbalen Charakter der cautio führte man zurück auf die l. 3 Cod. de verborum et rerum significatione (6, 38). Für die spätere Zeit des gemeinen Rechts vgl. Leyser, Meditationes, vol. VII spec. 58 § 16 und die dort herangezogene Entscheidung des Hofgerichts Wittenberg von 1711.

[3]) Cujacius in Paulum I 11 § 1.

[4]) Donellus, Cod. uti poss. n. 25—28.

[5]) Baro, Manuale in Dig. P. 6 (p. 184).

[6]) Baldus in l. un. Cod. 8, 6 n. 2.

[7]) Menochius, De adipiscenda, retinenda et recuperanda possessione (1614): de ret. poss. rem. III n. 811—817 S. 77 f. Lauterbach, Collegii theoretico-practici pars tertia (1715), lib. 43 tit. 17. Von den neueren Schriftstellern seien nur genannt Savigny, Recht des Besitzes, S. 488 ff., Windscheid-Kipp, Pandekten § 159 A. 3 b.

fest und sah in der vom Schuldner abgegebenen cautio de non amplius turbando ein Mittel zur Exekution eines auf eine Unterlassung gerichteten Urteils.

Immerhin griff eine größere Freiheit der Rechtsgestaltung Platz. Während die Kautionsleistung nämlich früher, als man sie noch auf l. un. Cod. 8, 6 zurückführte, nur dann zulässig war, wenn sie unmittelbar beim Erlaß des Urteils vom Gläubiger beantragt und vom Schuldner geleistet wurde, ließ man sie nunmehr selbst dann noch zu, wenn die Sache sich im Exekutionsstadium befand. Gaill begründet dies aus ganz allgemeinen Erwägungen damit, „quia victori non esset satis prospectum ratione tantum praeteritae et praesentis turbationis, nisi etiam ei cautum sit de futura turbatione.“[1])

Aber auch dabei blieb man nicht stehen. Im 17. Jahrhundert war man bereits zu dem Prinzip gelangt, daß die Kautionsleistung nicht einmal mehr den Antrag des Gläubigers voraussetzte, sondern vom Richter auch von Amts wegen gefordert werden konnte.[2]) Unverkennbar spricht sich in dieser Entwickelung die Tendenz aus, die Vollstreckung eines Unterlassungsanspruchs dadurch wirksamer zu gestalten, daß die Vollstreckung nicht privaten Abmachungen überlassen, sondern dem Staat als dem berufenen Hüter des Rechtsschutzes in die Hand gegeben werden sollte, — dasselbe Ziel, auf welches schon die Entwickelung des deutschen Rechts vor der Rezeption hingedrängt hatte.

An einem Übelstande aber krankte die executio ad non faciendum noch immer: der Unterlassungsgläubiger war nicht eher gesichert, als bis der zu einer Unterlassung Verurteilte seinerseits den Mund geöffnet und sich zu einer Vertragsstrafe für den Fall

---

[1]) Gaill, Practicarum observationum lib. I obs. 116 Nr. 5, ebenso Schilter, Praxis iuris Romani in foro Germanico (1713). Exercitatio ad Pandectas 67 § 60.

[2]) Bergeri Oeconomia iuris, lib. II tit. 6 n. 8: Cautionem de non amplius turbando . . . . et peti et non petitam a iudice decerni posse. Ebenso Lauterbach, Collegii theoretico-practici pars tertia, lib. 43 tit. 17.

der Störung verpflichtet hatte. War er aus irgend einem Grunde nicht dazu zu bewegen, so blieb dem Gläubiger nichts anderes als die aestimatio litis, die aber möglicherweise für den finanziell leistungsfähigen Schuldner ein ganz unverhältnismäßig geringes Übel darstellte, das nicht in der Lage war, ihn von weiteren Zuwiderhandlungen abzuhalten.

Diese Mißstände wurden erst durch eine Bewegung beseitigt, die, im deutschen Recht begonnen, durch die Rezeption des römischen Rechts zum Stillstand gebracht worden war und nun neues Leben erhielt.

Wie bereits früher dargelegt, wurde in der Praxis des deutschen Rechts etwa seit dem 11. Jahrhundert die Erfüllung von Unterlassungsansprüchen nicht nur in der althergebrachten Weise des privaten Strafversprechens, sondern in manchen Fällen auch dadurch gesichert, daß für den Fall der Zuwiderhandlung öffentliche Strafen, namentlich der Bann und Geldbußen, angedroht und verhängt wurden. Diese letztere Vollstreckungsart, dem eingedrungenen römischen Recht widersprechend, ist in den ersten Jahrhunderten nach der Rezeption nicht mehr nachzuweisen. Erst im 17. Jahrhundert wird ihre Zulässigkeit in Theorie und Praxis aufs neue bejaht. Daß sich diese Entwickelung in bewußter Anknüpfung an deutsche Rechtsgedanken vollzog, ist bei dem gänzlichen Fehlen einer deutschen Rechtswissenschaft in jener Zeit sowie bei der dominierenden Stellung des römischen Rechts kaum anzunehmen. Viel eher dürfte der Grund der genannten Erscheinung lediglich in dem praktischen Bedürfnis zu suchen sein, zumal die theoretische Haltlosigkeit der cautio de non amplius turbando klar erkannt wurde.

Die Richtigkeit dieser Annahme geht aus den im Jahre 1616 geschriebenen Ausführungen Leysers [1]) über den damaligen Stand der executio ad non faciendum hervor. Nachdem er seine Kritik über die Kaution in den Worten: Cautio de non amplius turbando . . . sine lege et utilitate exigitur“ zusammen-

[1]) Leyser, Meditationes ad Pandectas, vol. VII spec. 58 § 15 u. 16.

gefaßt hat, weist er nach, daß die cautio als Vollstreckungsmaßregel lediglich auf den usus fori, nicht etwa auf l. un. Cod. 8, 6 zurückzuführen ist, daß sie aber überhaupt als ungeeignet zu beseitigen sei. „Breviore et tutiore via possessori contra futuras turbationes prospicietur, si iudex . . . simul futuras turbationes interdicat ac non parenti mulctam poenamve corporalem minetur. Ego, si iudex hac iudicandi formula: daß Kläger bey dem Besitze des streitigen Gartens zu schützen und Beklagter sich aller Beeinträchtigung bei 100 Reichsthalern oder Gefängnisstrafe zu enthalten schuldig . . . utatur, nunquam actorem vidi, qui cautionem de non amplius turbando decerni mallet.“ Unterstützt wurde die von Leyser befürwortete Einführung der öffentlichen Ungehorsamsstrafen durch die damals herrschende Auffassung, daß Ungehorsam gegen einen Rechtsspruch dem Landfriedensbruch gleichzusetzen [1]) und durch „Acht, Oberacht und andere ziemliche Poen“ [2]) zu ahnden sei. In der Tat bestimmt auch die Kammergerichtsordnung von 1555 Teil III Titel 48 § 1, daß ganz allgemein zum Zweck der Exekution von Urteilen, nicht speziell Unterlassungsurteilen, Gebotsbriefe unter Androhung „namhafter Poen“ zu erlassen seien.

Die endgültige Regelung der Exekution bei Unterlassungsklagen erfolgte für den Prozeß des Reichskammergerichts in dem Jüngsten Reichsabschiede, der in seinem § 162 bestimmte, es solle dem Beklagten im Falle eines auf ein Unterlassen gerichteten Urteils „uf den Fall einiger Contravention ebenmäßig eine gewisse Poen bestimmt, und da er der ergangenen Urthel zuwiderhandelt, nicht allein mit der Declaration poenae gegen ihme verfahren, sondern auch ein kurzer Termin ad praestandam cautionem de non amplius turbando . . . . angesetzt . . . . werden.“

Durch die so eingeführte Strafandrohung, neben der die Bedeutung der Sicherheitsleistung erheblich verblaßte, waren die Bahnen

[1]) Sintenis in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß Bd. 11 S. 82.

[2]) Vgl. Costnitzer Kammergerichtsordnung von 1507, Titel 16.

für die weitere Entwickelung vorgezeichnet. Im Jahre 1724 wurde durch die sächsische Prozeßordnung im Kapitel 39 § 3 die cautio de non amplius turbando, die nach dem Prozeß des Reichskammergerichts immer noch zulässig und in der Praxis fast durchweg üblich war, beseitigt und durch Strafdrohungen ersetzt.[1] Gegen Ende des 18. Jahrhunderts war diese Praxis in allen deutschen Rechtsgebieten durchgedrungen.[2]

Die angedrohten Strafen waren von jeher Geldstrafen, die ursprünglich nach dem Prozeß des Reichskammergerichts je zur Hälfte an die Staatskasse und an den Geschädigten,[3] — ganz genau so im mittelalterlichen deutschen Recht[4] — späterhin und namentlich am Ende des 18. und im 19. Jahrhundert ganz in die Staatskasse flossen.[5]

Ihren Abschluß fand diese Entwickelung in § 775 ZPO. a. F., welcher unverändert als § 890 in die neue Zivilprozeßordnung aufgenommen wurde. Neu normiert wurde in diesem Paragraphen die Zulässigkeit der Androhung von Haftstrafen, die aber ebenso wie die der beibehaltenen Geldstrafen nur auf Antrag erfolgen darf. Ein schwaches Abbild der früheren cautio de non amplius turbando blieb in der auch nach heutigem Recht noch zulässigen, auf Antrag zu bestellenden Sicherheitsleistung erhalten.

Im übrigen blieben die im gemeinen Recht gewonnenen Grundsätze über das Ziel der Unterlassungsklage bestehen. Klageantrag und Urteil hatten stets die Unterlassung unmittelbar[6]) zum

---

[1]) Vgl. dazu Hommel, Teutscher Flavius S. 101.

[2]) Beispiele aus der Praxis bieten Seufferts Archiv Bd. 8 Nr. 49, Bd. 9 Nr. 267, Bd. 32 Nr. 18. Vgl. Wetzell, System § 50 Note 94.

[3]) Ludolf, De iure camerali S. 278.

[4]) Vgl. z. B. Fantuzzi, Monumenti II Nr. 31 (a. 1036), Galetti, Del primicero, doc. n. 26, 27, 21 (998): „. . . medietatem Regi et medietatem ipsius monasterii rectoribus . . .“

[5]) Hommel, Teutscher Flavius S. 101.

[6]) Vgl. aus der neueren Praxis u. a. Seuffert, Archiv Bd. 1 Nr. 222, Bd. 17 Nr. 224, Bd. 27 Nr. 204, Bd. 34 Nr. 105, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 16 Nr. 31, Bd. 1 Nr. 59, Bd. 21 Nr. 35.

Gegenstande. In der Literatur wurde, wenn auch nicht immer mit der gleichen Entschiedenheit und Schärfe, der gleiche Standpunkt vertreten.[1])

Die praktische Brauchbarkeit der Unterlassungsklagen wurde durch Erweiterung ihres Geltungsgebiets und ihrer Zahl erhöht. So wurde namentlich die actio negatoria von dem engen Geltungsbereich, der ihr nach dem Corpus iuris zustand, ausgedehnt auf alle Störungen, die nicht in Entziehung des Besitzes bestanden,[2]) ja teilweise wurde sogar versucht, der Unterlassungsklage ganz neue Gebiete zu erschließen. So wollte Jhering,[3]) gestützt auf l. 27 § 14 Dig. 9, 2, für die actio iniuriarum die Funktion in Anspruch nehmen, daß mit ihr auf Sicherstellung gegen Wiederholung geklagt werden könnte, erzielte mit dieser Ansicht auch praktische Erfolge,[4]) fand aber unter den Vertretern der Wissenschaft keinen Anhang.[5]) Jedenfalls ist diese Interpretation als ein Ausdruck der neuerdings in Fluß gekommenen, später des näheren zu behandelnden Bewegung anzusehen, welche absolute Rechte auf unkörperliche Güter anerkennt, gegen deren Beeinträchtigung die Unterlassungsklage gegeben ist.

Andererseits gingen neuere Schriftsteller — allerdings gleichfalls unter heftigem Widerspruch anderer Autoren — zugunsten des modernen Verkehrs sogar so weit, gestützt auf l. 5 § 6 Dig. 7, 6 die actio negatoria selbst dann zuzulassen, wenn eine Störung noch gar nicht erfolgt war, sondern erst drohte.[6])

[1]) Vgl. Heimbach in Weiskes Rechtslexikon s. v. Interdikte.

[2]) Dernburg, Pandekten I § 256, Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 11 Nr. 79 und 80, Bd. 30 Nr. 34 S. 114. Windscheid, Pandekten § 198 N. 8. Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht Bd. II § 115. Muus, Der Klagegrund bei der actio negatoria. Kley, Welche Eingriffe können mit der actio negatoria abgewendet werden? Jäger, Der Klagegrund bei der actio negatoria.

[3]) Jhering in den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 23 S. 267.

[4]) Entscheidung des Reichsgerichts vom 11. November 1902, abgedruckt in der Juristischen Wochenschrift 1903 Beil. S. 11.

[5]) Lau in Gruchots Beiträgen, Bd. 47 S. 497 ff. A. 1 u. 3. Windscheid, Pandekten II § 472 N. 7a.

[6]) Windscheid § 198 A. 9. Schmid, Handbuch des gemeinen Rechts

Von großer Bedeutung für die Ausbildung der Unterlassungsklage war auch der Umstand, daß das jüngere gemeine Recht das Prinzip der Naturalrestitution für den Schadensersatz anerkannte, mit dessen Hilfe es möglich wurde, in vielen Fällen, namentlich bei Dauerdelikten, bei denen die Wiedergutmachung des Schadens in der Unterlassung einer Handlung besteht, statt der Schadensersatzklage eine Unterlassungsklage zuzulassen.

Dies etwa war der Stand der Unterlassungsklage zur Zeit der Einführung unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs.

II. Die Unterlassungsklage im geltenden Recht.

a. Das Wesen der Unterlassungsklage.

α. Das Wesen der Unterlassung.

1. Der Stand der Kontroverse.

§ 5.

Will man das Wesen einer auf eine Unterlassung gerichteten Klage im heutigen Recht erfassen, so wird man zweckmäßig von ihrem Gegenstande, der Unterlassung selbst, ausgehen müssen. Je nachdem sich diese als ein Tun oder Nichttun charakterisiert, wird man die Rechtsnorm, welche durch das Unterlassen beobachtet wird, als ein Gebot oder als Verbot bezeichnen müssen. Diese Unterscheidung wird für die Erfassung des Wesens der Unterlassungsklage insofern von großer Bedeutung sein, als nur eine Gebotsnorm einer Erfüllung durch ein Tun zugänglich ist, während es andererseits zum Wesen des Verbots gehört, daß etwas nicht geschieht.

Worin besteht nun das Wesen der Unterlassung?

Gerber, welcher davon ausging, daß eine Obligation immer

---

§ 17 A. 7. Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm S. 197 A. 1. Seufferts Archiv Bd. 9 Nr. 260, Bd. 12 Nr. 247, Bd. 28 Nr. 200, Bd. 31 Nr. 304.

nur auf ein facere des Schuldners gehen könne,[1]) hält die Konstruktion von sogenannten negativen oder Unterlassungshandlungen begrifflich für ein „Unding" und definiert daher die Unterlassungsschuld folgendermaßen: ihr Inhalt bestehe darin, „daß man sich verpflichtet, auf die Ausübung eines Rechts zugunsten des Forderungsberechtigten Verzicht zu leisten."[2]) In ganz ähnlicher Weise sieht auch Maxen[3]) in dem Unterlassen des Schuldners nur einen fortgesetzten Verzicht auf das Recht zum Tun.

Daß diese Theorien nicht richtig sein können, liegt auf der Hand. Nach ihnen bestände ein besonderes Recht zum Tun, auf das man Verzicht leisten könnte wie auf jedes andere Recht. Abgesehen davon aber, daß ein derartiges Recht zum Tun ebensowenig anerkannt ist wie etwa ein Recht zum Essen, Schlafen, Spazierengehen, kann ein bloßer Verzicht dem Forderungsberechtigten nichts nützen, solange dem zur Unterlassung Verpflichteten noch die tatsächliche Möglichkeit gegeben ist, seinem Tun die verbotene Richtung zu geben. Mit Recht wurden daher diese Konstruktionen schon zur Zeit des gemeinen Rechts abgelehnt, besonders energisch von Unger, der sie als „widernatürliche Verrenkungen einfacher Rechtsverhältnisse"[4]) bezeichnet.

Nach Unger selbst gehört zum Wesen der Unterlassung wie bei jeder anderen Rechtshandlung ein auf das omittere gerichteter Willensentschluß.[5]) In gleicher Weise sieht auch Leonhard[6]) in dem Unterlassen „eine innere Tat", nämlich „die Unterdrückung des Triebes, der sich auf Vornahme der vorbotenen Handlung richtet". Dieselbe Ansicht wird auch noch vertreten von Wind-

[1]) Gerber, Beiträge zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast S. 36 ff.

[2]) Gerber a. a. O. S. 38.

[3]) Maxen, Über Beweislast, Einreden und Exceptionen S. 200—210.

[4]) Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, II. Bd. S. 168 A. 31 a.

[5]) Unger a. a. O. II. Bd. § 75.

[6]) Leonhard, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 199, S. 3 ff.

scheid,[1] v. Schey[2] und von Langheineken.[3] Die letztgenannte Gruppe von Autoren stimmt also darin überein, daß die Erfüllung eines Unterlassungsanspruchs auf seiten des Schuldners einen Willensentschluß, nämlich den, das Verbotene nicht zu tun, erfordert und daß nur Unterlassungen dieser Art, nicht auch die Zustände willenloser Untätigkeit Gegenstände eines Unterlassungsanspruchs sein können.[4]

Gerade die entgegengesetzte Ansicht wird von Thon[5] und O. Fischer[6] vertreten. Nach deren Auffassung ist ein auf das Unterlassen gerichteter Willensakt des Schuldners nicht erforderlich, vielmehr will der Unterlassungsanspruch nur, daß das Untersagte nicht getan, nicht auch, daß dieses Nichttun gewollt wird.[7]

2. Die Unterlassung als seelischer Vorgang.

§ 6.

Wenn wir uns für die eine oder andere der beiden obigen, einander diametral gegenüberstehenden Theorien entscheiden sollen, wird es sich empfehlen, das Unterlassen zunächst nach seiner psychologischen Seite zu prüfen.

Es ist selbstverständlich, daß das Unterlassen anders vom Standpunkt des Berechtigten und jedes Dritten erscheinen wird, als wenn man sich in die Seele des Unterlassungspflichtigen selbst hineinversetzt. Im ersten Falle drückt sich das Unterlassen durch ein rein passives Verhalten aus. Im letzteren Falle kann es sich verschieden äußern.

Denkt man sich den Unterlassungspflichtigen unmittelbar, nachdem er z. B. durch einen Vertrag negativen Inhalts das Verbot

---

1) Windscheid-Kipp II § 252 A. 1 a.
2) v. Schey in Grünhuts Zeitschrift Bd. 9 S. 370 ff.
3) Langheineken, Anspruch und Einrede S. 247 A. 2.
4) Leonhard a. a. O. S. 3 f.
5) Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht S. 199 ff.
6) O. Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 79.
7) Thon a. a. O. S. 201.

erhalten hat, eine bestimmte Tätigkeit vorzunehmen, einen gewissen verpönten Erfolg herbeizuführen, so wird seine ganze Willenstätigkeit noch unter dem frischen Eindruck des erhaltenen Verbots stehen. Er wird seine einzelnen Handlungen, soweit sie das ihm untersagte Tätigkeitsgebiet streifen, darauf prüfen, ob sie nicht seiner Unterlassungspflicht zuwiderlaufen. Und wenn dann wirklich die Gelegenheit an ihn herantritt, der übernommenen Pflicht zuwiderzuhandeln, dann wird — möglicherweise — in ihm der Zwiespalt der Pflichten einen inneren Kampf entfachen. Das Bewußtsein, in seiner Handlungsfreiheit eingeengt zu sein, vielleicht auch die Aussicht auf materielle Vorteile, die ihm aus dem verbotenen Tun erwachsen könnten, oder andere Momente werden in ihm Vorstellungen von dem verbotenen Tun hervorrufen. Diesen Vorstellungen werden sofort Gegenvorstellungen von der übernommenen Unterlassungspflicht, von der Vertragsstrafe, die ihn möglicherweise trifft, von dem ihm bevorstehenden richterlichen Urteil mit seinen Zwangsstrafen gegenübertreten. Die beiderseitigen Vorstellungen werden dann auf das Gebiet des Willens übertragen, wo sie wechselseitig einander widersprechende Willensreize zum Tun bezw. Unterlassen hervorrufen werden, und je nachdem dann der Unterlassungspflichtige diese Willensreize nach der einen oder anderen Richtung hin vermehrt oder unterdrückt, wird so ein Entschluß zustande kommen, die betreffende Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen.

Daß diese inneren Kämpfe als Handlungen oder — wenn man diesen Ausdruck nur auf durch Muskelreize hervorgerufene Veränderungen in der Außenwelt beziehen will — wenigstens als „Geschehnisse", „Ereignisse" zu bezeichnen sind, kann keinem Zweifel unterliegen. Ja, wenn diese inneren Ereignisse heftig genug sind, können sie sich sogar im Äußeren des Menschen z. B. im Pulsschlag oder in der Gesichtsfarbe wahrnehmbar machen.[1]) In diesem Falle kann man also tatsächlich sagen, daß die Unterlassungspflicht durch ein Tun, und zwar durch ein gewolltes Tun, erfüllt wurde — ganz entsprechend der von Windscheid aufgestellten Theorie.

[1]) Vgl. dazu Leonhard, Allgemeiner Teil S. 4.

Doch nur in den wenigsten Fällen wird sich die Unterlassung in der eben geschilderten Weise abspielen. Wenn vielmehr manche Autoren die Erfüllung der Unterlassungspflicht durch ein gewolltes Tun als die einzige Möglichkeit oder wenigstens als die Regel dargestellt haben, so haben sie dabei regelmäßig die Unterlassung nur als Gegenstand einer negativen Obligation im Auge gehabt, — ein Punkt, auf den Lehmann[1]) in seinem neuen Werke über den Unterlassungsanspruch aufmerksam macht. Halten wir uns nämlich die überaus zahlreichen aus absoluten Rechten entspringenden Unterlassungspflichten vor Augen, so sehen wir, daß wir sie in den allermeisten Fällen beobachten, ohne überhaupt eine Ahnung von ihrer Existenz zu haben, zum mindesten aber doch ohne jene inneren Kämpfe, von denen oben die Rede war. Ebenso wie bei diesen absoluten Unterlassungspflichten steht es aber auch bei der großen Mehrzahl der auf einen Vertrag gegründeten. Hält man nun dieser Unzahl von freiwillig oder ganz unbewußt beobachteten Unterlassungspflichten die wenigen Fälle gegenüber, in denen wir wirklich von einem gewollten Tun sprechen können, so muß man notwendig zu dem Schlusse kommen, daß die Rechtsnorm, welche von uns ein Unterlassen verlangt, uns nicht ein bestimmtes Wollen oder ein bestimmtes Tun abzwingen will, mit anderen Worten: uns nicht das Unterlassen gebietet, sondern das betreffende Tun, das Zuwiderhandeln verbietet.[2])

3. Die Unterlassung als Normvollziehung.

§ 7.

Das oben gewonnene Resultat wird unterstützt durch folgende Erwägungen: alles Recht, das existiert, besteht aus Normen, d. h. aus Imperativen,[3]) Ausdrücken des gesetzgeberischen Wollens, dessen

[1]) Lehmann, Die Unterlassungspflicht S. 18.

[2]) Vgl. Hölder in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 33 S. 363, 364.

[3]) So mit Recht die herrschende Meinung, a. M. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit S. 39 ff. Auf die von Lehmann vertretene abweichende Auffassung wird unten noch näher einzugehen sein.

Vollziehung von den dem Gesetz Unterworfenen erwartet wird.[1] Diese Normen, das gesetzgeberische Wollen, sind ihrem Inhalt nach entweder Gebote oder Verbote. Die Gebotsnormen fordern von uns ein bestimmtes, positives Handeln, die Herbeiführung eines Erfolges. Bei dem Verbot dagegen ist die Bestimmung der Richtung, in welcher sich das Wollen des Verpflichteten bewegen soll, nur negativ bezeichnet. Das Verbot fordert immer nur, daß nichts getan werde, was zu einem gewissen unerwünschten Resultat führt; es bestimmt dagegen schlechterdings nicht, was wirklich getan werden soll,[2] ebensowenig wie es von uns überhaupt ein Nichtstun verlangen kann.

Untersucht man nun irgend eine der im Bürgerlichen Gesetzbuch aufgestellten Unterlassungsnormen auf ihren Charakter, so ergibt sich z. B. bei § 12 BGB. als Inhalt der Norm nur, daß das Recht, einen bestimmten Namen zu führen, dem Berechtigten nicht bestritten werden, daß derselbe Name von einem anderen unbefugt nicht geführt werden soll. Wie dieser ganz negativ bestimmte Imperativ beobachtet werden soll, darüber sagt das Gesetz nichts. Insbesondere schweigt es darüber, ob zu diesem Nichttun ein innerer Kampf oder auch nur ein bestimmter Willensentschluß nötig ist oder ob eine unbewußte Erfüllung, vielleicht gar eine Beobachtung wider Willen, z. B. im Zustande der Bewußtlosigkeit, genügt; von irgend einer — wenn auch nur inneren — Tätigkeit, die vom Unterlassungspflichtigen vorzunehmen ist, ist also nicht die Rede. Dasselbe Resultat ergibt sich bei jeder anderen dinglichen oder obligatorischen Unterlassungspflicht.

Aus dem Gesagten folgt also, daß auch eine rechtsphilosophische Betrachtungsweise die Unterlassungsnormen als Verbote erscheinen läßt.

---

[1] Bierling, Juristische Prinzipienlehre Bd. I S. 29, 30.

[2] Bierling a. a. O. S. 74, 75.

4. Dogmatische Betrachtung der Unterlassung, insbesondere ihr Verhältnis zum Leistungsbegriff.

§ 8.

Allerdings könnte ein Anhänger der von Windscheid, Leonhard, v. Schey und Langheineken vertretenen Theorie der oben entwickelten Ansicht immer noch entgegenhalten: die Unterlassung bestehe ebenso wie die Erfüllung eines positiven Anspruchs, in einem Tun, das sich zwar im Innern des Menschen abspielt, aber auch äußerlich durch jene physiologischen Veränderungen des Körpers bemerkbar mache, von denen oben gesprochen wurde; jene Fälle aber, bei denen diese „innere Handlung" nicht nachweisbar sei, also namentlich die Fälle der unbewußten Unterlassung oder z. B. der Unterlassung im Zustande der Bewußtlosigkeit, seien nichts anderes als „zufällige Erfüllungen".

Um diesem Einwand wirksam zu begegnen, wird es geraten sein, etwas weiter auszuholen.

Man kann sich die Beobachtung einer Unterlassungspflicht m. E. in vier verschiedenen Formen denken:

1. Der Unterlassungspflichtige unterläßt, aber erst nach einem heftigen Kampfe, den er in seinem Innern mit entgegenstehenden Willensreizen auszufechten hat; äußerlich treten die genannten physiologischen Veränderungen auf.

2. Der Unterlassungspflichtige unterläßt freiwillig, also ohne daß sich sein Wille mit dem des Unterlassungsgebots kreuzt. Ein äußeres Merkmal der Unterlassung tritt nicht ein.

3. Der Unterlassungspflichtige unterläßt unbewußt d. h. indem er die ihm obliegende Pflicht entweder gar nicht kennt (was z. B. bei den zahlreichen Unterlassungspflichten aus absoluten Rechten sehr leicht eintreten wird), oder sie zwar kennt, aber aus irgend einem Grunde nicht an sie denkt.

4. Der Unterlassungspflichtige unterläßt wider seinen Willen, weil er seinen Plan, das verbotene Tun vorzunehmen, nur deshalb nicht verwirklichen kann, weil ihm die Zuwiderhandlung objektiv unmöglich ist, z. B. weil er sich im Zustande der

Bewußtlosigkeit befindet, oder weil große Entfernung oder das Fehlen der nötigen Mittel ihn daran hindern.

Es ist klar, daß in den Fällen 1 und 2 die Unterlassung mit dem Willen der betreffenden Person, in den Fällen 3 und 4 aber ohne bezw. wider ihren Willen erfolgt.

Prüft man nun die oben einwandsweise hingestellte Konstruktion an der Hand dieser vier Fälle auf ihre Richtigkeit, so zeigt sich, daß sie schon bei Fall 2 versagt. Nach ihr bleibt nur die Wahl, entweder die „innere Tat" mit den genannten äußeren Vorgängen oder eine zufällige Leistung anzunehmen. Daß bei Fall 2 eine zufällige Leistung — die Zulässigkeit dieses Begriffs wird unten untersucht werden — nicht vorliegt, geht daraus hervor, daß die Unterlassung freiwillig, also mit dem Willen des Unterlassungspflichtigen beobachtet wird. Aus diesem Charakter der Unterlassung als einer freiwilligen folgt aber auch, daß von einer „Unterdrückung des Triebes, der sich auf Vornahme der verbotenen Handlung richtet",[1]) in dem gedachten Falle nicht die Rede sein kann. Da nun mit dieser inneren Tat notwendig auch ihre äußeren Begleiterscheinungen wegfallen, so bleibt nur noch ein rein geistiges Ereignis, nämlich lediglich das Wollen[2]) der Unterlassung als wesentlicher Inhalt der „Leistung" des Schuldners übrig, das aber nach allgemeinherrschender Ansicht[3]) nie für sich allein Gegenstand eines Rechtsanspruchs, einer Gebotsnorm sein kann. Auf dieses Moment wird später noch zurückzukommen sein.

Da die oben erwähnte Theorie also die Unterlassung, wie sie sich in Fall 2 abspielt, nicht zu erklären vermag, kann ihre Richtigkeit nicht anerkannt werden.

---

[1]) Leonhard, Allgemeiner Teil S. 199.

[2]) Sigwart, Kleine Schriften, 2. Reihe, S. 122 ff., S. 134.

[3]) Vgl. z. B. Bierling a. a. O. I. Bd. S. 240 ff., S. 273. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I. Bd. S. 244 ff. Die Ausführungen des letzteren stehen der im Text vertretenen Ansicht nicht entgegen, da Eltzbacher nur von der Rechtswirksamkeit reiner Willensakte, nicht auch davon spricht, daß sie Gegenstand eines Anspruchs sein können.

Abgesehen hiervon aber müßte die Konstruktion auch deshalb abgelehnt werden, weil sie sich genötigt sieht, mit dem Begriff einer „zufälligen Erfüllung" des Unterlassungsanspruchs zu operieren. Die Existenzmöglichkeit einer zufälligen Erfüllung kann m. E. nicht zugegeben werden. Das Bürgerliche Gesetzbuch schweigt über diesen Begriff, da man in Ermangelung eines praktischen Bedürfnisses die Frage nach den Voraussetzungen der Erfüllung der Wissenschaft überlassen wollte.[1]) Nun bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch in dem von der Erfüllung handelnden § 362, daß das Schuldverhältnis dann erlischt, wenn „die geschuldete Leistung bewirkt wird." An diese Worte hat sich die Kontroverse geknüpft, ob zum Zweck der Erfüllung ein besonderer Erfüllungsvertrag erforderlich sei oder nicht. Für unsere Aufgabe ist es nicht nötig, zu dieser Frage Stellung zu nehmen. Nur das steht fest: nach der fast einstimmigen Ansicht der Wissenschaft[2]) und Praxis ist jedenfalls auf seiten des Schuldners der Wille nötig, durch seine Leistung die Schuld zu tilgen. Trifft das zu, dann ist eine zufällige Erfüllung durch den Schuldner, also eine Unterlassung ohne seinen Solutionswillen nicht denkbar.

Lehmann[3]) will die Richtigkeit dieser Konsequenz zwar allenfalls für positive Erfüllungshandlungen anerkennen, meint aber, daß die Unterlassung in dieser Beziehung eine Ausnahmestellung einnehme. Doch gibt er selbst zu, daß man dann, wenn der Unterlassende selbst den animus solutionis ausdrücklich ablehnt und der Unterlassung eine andere Zweckbestimmung gibt, nicht gut von einer Erfüllung der Unterlassungspflicht reden kann. In diesem Falle könne man vielleicht eher ein Erlöschen der Unterlassungspflicht durch Zweckerreichung für gegeben erachten. Doch habe die Unterscheidung von Erfüllung und Zweckerreichung bei einer

[1]) Mot. II 81.

[2]) Vgl. z. B. Staudinger, Kommentar, A. 2 zu § 362. Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, A. zu § 362. Planck, Kommentar, A. 2b zu § 362. Klein im Sächsischen Archiv Bd. 14 S. 319.

[3]) Lehmann a. a. O. S. 208 ff.

negativen Pflicht keine praktische Bedeutung: jedenfalls erlösche durch das Unterlassen auch die Unterlassungspflicht. Die Ablehnung des animus solvendi könne nur dann Bedeutung erlangen, wenn der Gläubiger den abweichenden animus genehmige. Eine nähere Begründung dieser These wird nicht gegeben.

Der Grund zu dieser unsicheren Handlung Lehmanns dürfte m. E. in seiner Auffassung vom Leistungsbegriff und in dem Verhältnis liegen, in welchem danach die Unterlassung zur Leistung steht. Es wird daher diese Frage, soweit es der Rahmen unserer Aufgabe gestattet, zu erörtern sein.

Die Leistung, d. h. der Gegenstand eines Anspruchs, wurde von jeher als etwas Positives aufgefaßt. Als Inhalt eines obligatorischen Anspruchs wurde von den römischen Quellen nur das dare, facere, praestare [1]) bezeichnet. Das non facere trat dem gegenüber ganz in den Hintergrund und wurde, wie im geschichtlichen Teil dieser Arbeit gezeigt ist, nur als eine Unterart des facere erklärt. Der Grund hierzu wird in der überaus geringen praktischen Bedeutung der obligatorischen Unterlassungsschuld, vielleicht auch darin zu suchen sein, daß im römischen Recht bis in die späteste Zeit hinein eine Verwirklichung der Unterlassungspflicht nur in der Zahlung des Geldinteresses, also gleichfalls in einer positiven Leistung möglich war.

Auch im mittelalterlichen deutschen Recht hatte das „lesten, gelden“, womit der Gegenstand eines Anspruchs bezeichnet wurde, einen rein positiven Charakter. Ein Hinweis auf die unselbständigen Unterlassungspflichten, d. h. auf die Pflicht des Schuldners, die Erreichung des positiven Obligationszwecks nicht zu vereiteln, findet sich nur in der Sachsenspiegelstelle I 7: . . . unde swaz her tut, daz sal he stete halden.[2])

Dasselbe, was vom römischen und deutschen Recht gesagt ist,

---

[1]) l. 3 pr. Dig. 44, 7. Gaius Inst. III 2.

[2]) Vgl. hierzu Lehmann a. a. O. S. 51, 52.

gilt auch vom gemeinen Recht.[1]) Auch als die Unterlassungsklage größere Bedeutung gewann, hielt man daran fest, daß die Unterlassung als etwas rein Negatives nie eine Leistung sein könne. Besonders energisch tritt hierfür Hartmann[2]) ein, und daß Thon[3]) derselben Ansicht ist, sagt er zwar nicht ausdrücklich, geht aber aus seiner ganzen Stellung zur Unterlassungsklage hervor.

Einen entscheidenden Schritt in dieser Richtung tat das Bürgerliche Gesetzbuch, als es in § 241 Satz 2 in Auflehnung gegen die bisherige Lehre und gegen das deutsche Sprachgefühl bestimmte, die Leistung könne auch in einem Unterlassen bestehen.

Da jedoch im Laufe der weiteren Regelung des Bürgerlichen Rechts der so geschaffene Gegensatz innerhalb des Leistungsbegriffs nicht immer beachtet wurde, macht sich an vielen Stellen des Gesetzes die Verschiedenheit der Unterlassung und des positiven Leistungsbegriffs recht empfindlich bemerkbar.[4])

Solche Fälle sind z. B. die Regelung einer Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern, der Unmöglichkeit und des Unvermögens, der Annahme und des Verzugs. Als eine derartige Anomalie ist aber m. E. auch die Regelung der Erfüllung (BGB. §§ 362 ff.) anzusehen, welche lediglich auf Verbindlichkeiten positiven Inhalts zugeschnitten ist. Da nun, wie bereits erwähnt, unzweifelhaft anzunehmen ist, daß die Erfüllung im Sinne der §§ 362 ff. animo solvendi geschehen muß, ein derartiger animus aber bei der Unterlassung nur in den wenigsten Fällen vorhanden ist, ja mit-

---

[1]) Vgl. z. B. Gerber a. a. O. S. 33; Dernburg, Pandekten II S. 66 ff.; Windscheid, Pandekten § 262.

[2]) Hartmann, Obligation S. 117 A. 2.

[3]) Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, z. B. S. 47, 196 oben. Vgl. auch Eisele in Iherings Jahrbüchern Bd. 31 S. 386, Hanausek, Verhandlungen des 20. deutschen Juristentages Bd. 1 S. 315 ff.

[4]) Vgl. Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. 17 S. 263; Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Bd. S. 41 ff. O. Fischer a. a. O. S. 82 ff. Wendt im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 92 S. 5 ff., 53 ff. Haensell, Die Besonderheiten der Unterlassungsschulden S. 17 ff.

unter sich sogar in den animus non solvendi umkehrt (vgl. den vierten der oben aufgezählten Fälle der Unterlassung), so kann man nicht mit Lehmann[1]) für die „Erfüllung" der Unterlassungspflicht ein eigenes Recht zu konstruieren suchen, dann ist vielmehr m. E. ohne weiteres der Schluß zu ziehen, daß die Unterlassungspflicht keiner Erfüllung im Sinne des Gesetzes zugänglich ist.

Das dürfte auch ganz natürlich sein. Das Bürgerliche Gesetzbuch geht, wie Leonhard[2]) mit Recht hervorhebt, von der volkstümlichen Anschauung aus, daß als Unterlassung „die von außen wahrnehmbare Untätigkeit eines Menschen in einem bestimmten Augenblicke" erscheint. Wie sich das Gesetz hier auf den Standpunkt des Beobachters, nicht des Unterlassenden stellt, so hat es auch absolut keinen Grund, das Innere des Unterlassenden zu untersuchen und dort bestimmte seelische Vorgänge zu verlangen.[3]) Das entspricht auch völlig dem Standpunkt, den der Gesetzgeber gegenüber dem einzelnen Menschen einnimmt. Das Recht wendet sich mit seinen Normen an den Menschen nicht als Individuum, sondern als Gattungsangehörigen, als Angehörigen der Gesamtheit.[4]) Es kann daher auch nicht von dem einen Menschen, dessen seelischer Stimmung im konkreten Falle entsprechend, einen auf das Unterlassen gerichteten Willensakt, von dem andern aber lediglich ein bloßes Nichttun verlangen, sondern das Gesetz verlangt immer nur ein bloßes Nichttun, wenn auch im einzelnen Falle diese äußere Untätigkeit das Produkt einer inneren Willensfunktion ist.

Lehmann allerdings will die Richtigkeit dieser Konsequenz nicht anerkennen. Obwohl er mit dem Verfasser darin überein-

[1]) Lehmann S. 210, 211.

[2]) Leonhard a. a. O. S. 3.

[3]) Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht S. 201; vgl. auch Hartmann, Obligation S. 117 ff.; Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. 17 S. 263, Haensell, Die Besonderheiten der Unterlassungsschulden S. 11 ff.; Isay, Die Willenserklärung S. 3.

[4]) Hold v. Ferneck, Rechtswidrigkeit S. 13 ff.

stimmt, daß es nicht richtig ist, in der Unterlassung eine Handlung zu erblicken, gelangt er schließlich doch zu der Ansicht, daß die negative Verbindlichkeit ebenso wie die positive auf eine Willensbestimmtheit gerichtet sei.[1]

Zu diesem Resultat kommt Lehmann auf folgendem Wege:

Das objektive Recht ist ihm nichts als „eine Summe von gleichmäßigen Willensdispositionen und Aeußerungen einer solchen Mehrheit von Rechtsgenossen, daß die regelmäßige Durchsetzung dieser Willen gegenüber allen einzelnen garantiert erscheint.“[2] Die Durchsetzung dieses Gemeinwillens gegenüber dem Individuum aber könne, so führt er aus, sich sehr verschieden gestalten. Als rein subjektive Macht, als „Norm“ trete das Recht dann auf, wenn die Rechtsgenossen das von ihm angestrebte Verhalten freiwillig, aus ihrem eigenen Rechtsbewußtsein heraus beobachten, bei Unterlassungspflichten außerdem auch dann noch, wenn ihnen auch nicht einmal die Vorstellung einer möglichen Zuwiderhandlung ins Bewußtsein gelangt. Als objektive Macht dagegen trete das Recht dann auf, wenn es als Befehl[3] wirkt, wenn es also denjenigen zum rechten Verhalten motiviert, der sonst nicht rechtmäßig gehandelt hätte, außerdem aber auch dann, wenn das tatsächliche Verhalten des einzelnen durch Eingreifen anderer dazu verpflichteter Rechtsgenossen, z. B. des Vormunds oder Gerichtsvollziehers, in der vom Recht gewünschten Richtung dazu beeinflußt wird. Die letztgenannte Unterlassungspflicht des Unzurechnungsfähigen schließt Lehmann ohne weiteres von der näheren Untersuchung aus, da sie ja doch nur auf das Verbot an jene dritte Person zurückzuführen sei, die das tatsächliche Verhalten des Unzurechnungsfähigen zu beeinflussen habe.[4] Auf Grund der Behauptung, daß nur da, wo das Recht als befehlende Macht an

---

1) Lehmann a. a. O. S 23.

2) Lehmann a. a. O. S. 4 f., 22 f.

3) Lehmann a. a. O. S. 4 f., Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit Bd. I S. 39 ff. Vgl. auch Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit Bd. I S. 12, 98.

4) Lehmann a. a. O. S. 5 f.

den Widerstrebenden herantrete, der Wille des letzteren zum rechtmäßigen Verhalten motiviert werden soll, gelangt Lehmann schließlich zu dem bereits erwähnten Ergebnis, daß auch die negative Verbindlichkeit auf eine Willensbestimmtheit gerichtet sei.

Es soll der Nachweis versucht werden, daß Lehmann hierbei von unrichtigen Voraussetzungen ausgeht, daß namentlich der Unterschied zwischen der objektiven und subjektiven Funktion des Rechts nicht zu halten ist.

Zunächst kann nicht gebilligt werden, daß Lehmann ebenso wie schon früher Merkel[1]) und Binding[2]) und neuerdings auch Eltzbacher,[3]) Hold von Ferneck[4]) und Hölder[5]) die unmittelbare Verpflichtung der Unzurechnungsfähigen durch das Gesetz leugnet. M. E. kann nach den überzeugenden Ausführungen Thons[6]) nicht nicht mehr daran gezweifelt werden, daß die durch das objektive Recht begründeten Verpflichtungen auch den Unzurechnungsfähigen ebenso wie den vollkommen Geschäftsfähigen treffen.

Das geht zunächst schon daraus hervor, daß nach § 1 unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs die Rechtsfähigkeit des Menschen mit der Vollendnug seiner Geburt beginnt und als selbstverständliches Korrelat der Rechtsfähigkeit die Pflichtfähigkeit eines Rechtssubjekts anzuerkennen ist.[7]) Außerdem ist daran festzuhalten, daß in allen Fällen, in denen ein Tatbestand ohne Rücksicht auf das Handeln einer Person verwirklicht wird, z. B. bei Erbgang, die Rechtswirkungen dieses Tatbestandes, also auch die Verpflichtung der Person selbst dann eintritt, wenn sie sich, wie ein Unzurechnungsfähiger oder ein unmündiges Kind durch eigenes Handeln nicht verpflichten kann. Erwägt man schließlich noch, daß in allen den

---

[1]) Adolf Merkel, Kriminalistische Abhandlungen, 1867, S. 43 f.

[2]) Binding, Die Normen und ihre Uebertretung Bd. I (1890) S. 243 f.

[3]) Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit Bd. I S. 41 ff.

[4]) Hold v. Ferneck, Rechtswidrigkeit Bd. I S. 281, 358, Bd. II S. 3, 24.

[5]) Hölder, Natürliche und juristische Personen (1905) S. 127, 189 ff.

[6]) Thon in Iherings Jahrbüchern, Bd. 50 Heft 1 S. 1 ff.

[7]) Thon a. a. O. S. 24, ebenso auch Hold v. Ferneck Bd. II S. 13.

Fällen, in denen für einen Unzurechnungsfähigen ein anderer, z. B. ein Vormund selbsthandelnd auftritt, diese Rechtshandlungen unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirken, so müßte man meinen, daß an der Verpflichtungsfähigkeit der Geschäftsunfähigen überhaupt nicht gezweifelt werden kann.

Trotzdem wird von Hold von Ferneck,[1]) Eltzbacher,[2]) Zitelmann,[3]) Hölder[4]) in dem genannten Falle lediglich eine Verpflichtung des Vertreters des Geschäftsunfähigen anerkannt, die nur nominell unter dem Namen des letzteren selbst auftrete. Der Handlungsunfähige, führt man aus, sei „verpflichtet, daß sein gesetzlicher Vertreter die Zinsen bezahlt" und dieser wiederum sei verpflichtet, es nun auch wirklich zu tun.[5])

Abgesehen davon, daß es von dem strengen Standpunkt Eltzbachers aus unzulässig sein müßte, überhaupt von „Pflicht" des Geisteskranken zu reden, ist eine Pflicht des gesetzlichen Vertreters des letzteren, die Schulden des Geisteskranken zu bezahlen, in keiner Weise aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch nachzuweisen. Die Verpflichtungen, die dem Vormund nach unserem Reichsrecht obliegen, treffen ihn nur dem Mündel gegenüber (vgl. z. B. §§ 1793, 1806, 1833 BGB.). Den Gläubigern des Mündels gegenüber aber sind keine besonderen Pflichten des Vormunds begründet.[6]) Im Gegenteil: die Rechtsverfolgung der Gläubiger des Mündels im Klagewege richtet sich ebenso wie die Zwangsvollstreckung aus dem erstrittenen Urteile lediglich gegen den Geisteskranken bezw. das Kind selbst, ohne daß es irgend welcher Mitwirkung des Vormunds bedürfte.[7]) Namentlich von einer Verpflichtung des Vormunds,

---

[1]) Hold v. Ferneck a. a. O. Bd. II S. 24.

[2]) Eltzbacher a. a. O. Bd. I S. 42 f.

[3]) Zitelmann, Internationales Privatrecht S. 47.

[4]) Hölder, Natürliche und juristische Personen S. 127, 189 f.

[5]) Eltzbacher a. a. O.

[6]) Ebenso Thon in Iherings Jahrbüchern Bd. 50 S. 29.

[7]) So auch das Reichsgericht in RGer.Entsch. Bd. 50 S. 82. Vgl. aber Eltzbacher, Die Unterlassungsklage S. 166, wo die Meinung vertreten wird, daß dann, wenn in der Fabrik eines Kindes ein patentiertes Verfahren

den gegen den Mündel gerichteten Rechtszwang zu „dulden", wie sie Hölder annimmt,[1] kann schon deshalb keine Rede sein, weil diese Pflicht dann lediglich im Wege der Duldungsklage und der Zwangsvollstreckung nach den §§ 890, 892 ZPO. geltend gemacht werden könnte, woran aber wohl noch niemand im Ernst gedacht hat.

Nach alledem wird also daran festzuhalten sein, daß die von den Gesetzesnormen statuierten Pflichten den Unzurechnungsfähigen ebenso treffen wie den vollkommen Geschäftsfähigen. Hieraus ergibt sich aber auch gleichzeitig, daß Lehmann die Funktion des objektiven Rechts in seiner Wirkung auf den Unzurechnungsfähigen nicht besonders behandeln durfte, sondern in dem von ihm aufgestellten System der Funktionen des Rechts[2]) hätte aufgehen lassen müssen.

Hierin aber zeigt sich m. E. die Unhaltbarkeit des Lehmannschen Systems. Als „objektive Macht" im Sinne Lehmanns kann das Recht den Unzurechnungsfähigen gegenüber deshalb nicht auftreten, weil bei diesen ein Wille, der durch einen Rechtsbefehl beeinflußt werden könnte, nicht vorhanden ist.

Ebensowenig kann man m. E. behaupten, daß die Rechtsnorm in dem genannten Falle als „subjektive Macht" zu bezeichnen wäre. Als subjektive Macht wirkt nach Lehmanns Theorie, wie bereits erwähnt, das Recht dann, wenn es von den Rechtsgenossen „freiwillig ohne besonderen, von außen kommenden Impuls aus dem in ihnen lebenden allgemeinen Rechtsbewußtsein heraus beobachtet wird", sowie speziell bei Unterlassungspflichten, dann wenn die Zuwiderhandlung deshalb unterbleibt, weil sie dem Unterlassungspflichtigen nicht zu Bewußtsein gekommen ist.

Daß ein Unzurechnungsfähiger aus dem in ihm wohnenden Rechtsbewußtsein heraus eine Unterlassungspflicht beobachtet, ist deshalb ausgeschlossen, weil bei ihm von einem Rechtsbewußtsein

---

unbefugt angewendet wird, die Unterlassungsklage sich nicht gegen das Kind, sondern gegen den Vormund richtet.

[1]) Hölder, Natürliche und juristische Personen, S. 127, 189 ff.

[2]) Lehmann a. a. O. S. 4 f., 22 ff.

nicht die Rede sein kann. M. E. kann aber auch in dem zweiten genannten Falle das Recht, wenn es von einem Unzurechnungsfähigen beobachtet wird, nicht als subjektive Macht bezeichnet werden.

Hierbei drängt sich zunächst die primäre Frage auf, ob der Rechtsnorm die genannte Bezeichnung überhaupt zukommt, wenn die Unterlassungspflicht nur deshalb beobachtet wird, weil die Zuwiderhandlung dem Unterlassenden nicht ins Bewußtsein gelangt. Wenn Lehmann[1]) diese Frage ohne jede Begründung bejaht, wird man ihm darin m. E. nicht folgen können. Denn in dem genannten Falle ist das Recht dem Unterlassenden gegenüber alles andere als „Macht". Im Gegenteil, wenn jemand eine geplante Eigentumsstörung nur deshalb unterläßt, weil er augenblicklich gar nicht an sein Vorhaben denkt, dann ist es lediglich dieser psychischen Ablenkung, also eher einem „Zufall" als einer Macht zu verdanken, daß er die Unterlassungspflicht beobachtet; und woraus will man schließen, daß der Schuldner, wenn er in dem gegebenen Augenblick an die geplante Eigentumsstörung gedacht hätte, diese tatsächlich unterlassen haben würde?

Noch viel weniger ist es möglich, die Unterlassungen der Unzurechnungsfähigen auf das Recht als „subjektive Macht" zurückzuführen, und zwar schon deshalb, weil bei den genannten Personen ein Bewußtsein, in dem die Vorstellung der Zuwiderhandlung entstehen könnte, entweder gänzlich fehlt, wie bei den Geisteskranken und den Kindern in den ersten Lebensjahren, oder doch nur in so geringem Maße vorhanden ist, daß die verpönte Tätigkeit ihnen nicht als Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungspflicht erscheint. Die Vorstellung, daß es lediglich die „subjektive Macht" des Rechts ist, die den Säugling veranlassen sollte, die gesetzlichen Unterlassungspflichten zu beobachten, müßte geradezu als absurd bezeichnet werden.

Es ergibt sich also, daß Lehmanns System der Funktionen des Rechts nicht geeignet ist, die Unterlassung der Unzurechnungs-

---

[1]) Lehmann a. a. O. S. 22.

fähigen zu erklären. Und doch folgt z. B. aus der allgemeinen Fassung des § 903 BGB., wonach der Eigentümer das Recht hat, „andere" von jeder Einwirkung auf sein Eigentum auszuschließen, daß die Unterlassungspflichten den Unzurechnungsfähigen ebenso obliegen, wie jedem voll geschäftsfähigen Rechtsgenossen. Da nun Lehmanns Theorie dieser Tatsache nicht gerecht wird, wird man notwendig zu dem Schlusse kommen müssen, daß die von Lehmann und anderen vertretene Unterscheidung zwischen Rechtsnorm und Rechtsbefehl überhaupt abzulehnen ist. Man wird vielmehr m. E. davon ausgehen müssen, daß das objektive Recht aus Imperativen, Geboten und Verboten zusammengesetzt ist, also immer befehlend an den einzelnen Rechtsgenossen herantritt ohne Rücksicht darauf, ob seine Intentionen sich mit dem Rechtsbewußtsein des einzelnen Individuums decken oder nicht.[1]) Diese Imperative des Rechts wenden sich nun, wie man mit Thon[2]) konsequenterweise annehmen muß, an sämtiche Rechtsunterworfenen, auch an solche, bei denen das Gesetz keinen Gehorsam finden kann, also namentlich auch an die Unzurechnungsfähigen, und zwar nicht deshalb, weil das Gesetz sie trotz ihrer anormalen physischen oder psychischen Konstitution zum Gehorsam zwingen wollte — ein solches Unternehmen wäre aussichtslos, — sondern lediglich deshalb, um das Verhalten auch dieser Rechtsgenossen nach außen hin als objektiv rechtswidrig zu bezeichnen.[3])

Daß diese Auffassung und nicht die Theorie Lehmanns richtig ist, dürfte aber auch noch aus einem andern Grunde hervorgehen.

Der Fall nämlich, daß die Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht wider den Willen des Unterlassenden nur deshalb unterbleibt, weil sie zur gegebenen Zeit objektiv unmöglich ist (Fall 4 unseres oben aufgestellten Schemas der möglichen Unter-

---

[1]) Auf eine eingehendere Darstellung der Imperativentheorie an dieser Stelle muß verzichtet werden. Die neuere Literatur hierüber bei Thon in Iherings Jahrbüchern Bd. 50. S. 5 ff.

[2]) Thon in Iherings Jahrbüchern Bd. 50 S. 37, 46 ff.

[3]) Thon a. a. O. S. 41 ff.

lassungen), läßt sich durch Lehmanns Scheidung zwischen der subjektiven und der objektiven Funktion des Rechts nicht erklären.

Wir nehmen beispielsweise den Fall an, daß ein Bauer, der mit seinem Nachbarn in Feindschaft lebt, den Plan gefaßt hat, am nächsten Morgen beim Pflügen all in der Erde vorgefundenen Feldsteine, die er bisher auf dem Grenzrain zu einem Haufen aufgeschichtet hatte, dem Nachbarn in die aufgegangene Saat zu werfen. Wenn nun dieser Bauer am späten Abend beim Heimweg aus dem Gasthaus in der Dunkelheit stürzt und sich ein Bein bricht, so daß er wochenlang ans Krankenlager gefesselt ist und infolgedessen die Eigentumsstörung zu seinem großen Leidwesen unterlassen muß, so kann man sicherlich nicht sagen, daß diese Unterlassung auf das in ihm lebende Rechtsbewußtsein zurückzuführen ist oder daß er unter dem Einfluß der objektiven Macht des Rechts, des an ihn ergangenen Rechtsbefehls, das Eigentum des Nachbar nicht gestört hat. Die von dem Bauern geplante Zuwiderhandlung unterblieb vielmehr lediglich infolge ihrer durch seinen Beinbruch eingetretenen objektiven Unmöglichkeit, ohne daß man jedoch sagen könnte, daß schon hierdurch die Unterlassungspflicht des Bauern verletzt worden wäre. Da aber diese Unterlassung durch die Theorie Lehmanns nicht erklärt werden kann, folgt m. E. auch hieraus mit Notwendigkeit, daß die Scheidung von Rechtsnorm und Rechtsbefehl nicht aufrecht zu erhalten ist, daß vielmehr in jedem Falle das Recht, über den Menschen stehend, sich dem Rechtsunterworfenen gegenüber als Befehl[1]) äußert und an seinem Befehlscharakter dadurch nichts einbüßt, daß es von den Menschen freiwillig beobachtet wird.[2])

Hält man nun hieran fest, dann wird man unmöglich der von Lehmann[3]) gezogenen Schlußfolgerung, daß „die negative Verbindlichkeit ebenso wie die positive auf eine Willensbestimmung gerichtet ist“, beipflichten können. Lehmann allerdings wendet ein, daß auch die hier vertretene Auffassung von der Norm als Befehl

---

[1]) Bierling a. a. O. I. Bd. S. 27 ff. Hold v. Ferneck a. a. O. S. 98 ff.

[2]) Bierling a. a. O. S. 170.

[3]) Lehmann a. a. O. S. 23.

an den ihr Unterworfenen seiner Ansicht, daß bei der Unterlassung eine Willensbestimmung gefordert sei, nicht entgegenstehe. Die Norm verlange nämlich eine Selbstüberwachung von dem Schuldner nicht während der ganzen Dauer seiner Unterlassungspflicht, sondern nur dann, wenn er mit der durch die Verbotsnorm gesicherten Interessensphäre in Berührung kommt, wenn also die Möglichkeit einer Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungspflicht besonders nahe liegt. Aber auch hierin wird man m. E. Lehmann nicht folgen können.

Nimmt man nämlich die Richtigkeit seiner These an, so ergibt sich, daß die Rechtsnorm in den Fällen, in welchen wegen einer naheliegenden Zuwiderhandlung von dem Unterlassungspflichtigen ein auf die Unterlassung gerichteter Willensentschluß verlangt wird, von dem Individuum ein (wenn auch nur inneres) Tun fordert, also als Gebot auftritt. In den anderen Fällen jedoch, in denen nicht diese Selbstbestimmung des Willens zur Unterlassung, sondern nur der äußere Erfolg der negativen Verbindlichkeit, nämlich das Unterbleiben einer Zuwiderhandlung erstrebt wird, müßte die Rechtsnorm als Verbot zu bezeichnen sein. Daß aber ein und dieselbe Norm sich je nach der Willensdisposition des Schuldners bald als Gebot, bald als Verbot äußern soll, erscheint ganz ausgeschlossen. Die Normen werden vom Gesetzgeber in nur einer unabänderlichen Form erlassen und richten sich gleichmäßig an alle Rechtsunterworfenen, ohne auf ihre zufällige größere oder geringere Geneigtheit zum Gehorsam Rücksicht zu nehmen.

Nicht der Inhalt der Normen richtet sich also nach dem zum Gehorsam verpflichteten Individuum, sondern dieses hat die Normen zu befolgen, gleichviel auf welche Weise.

Und noch eins: wie Lehmann selbst zugibt, wird auch dann noch die Unterlassungspflicht beobachtet, wenn die Zuwiderhandlung nur deshalb unterbleibt, weil sie dem Unterlassenden nicht ins Bewußtsein gelangt; und doch kann man, wie bereits des öfteren erwähnt, schlechterdings nicht behaupten, daß in diesem Falle eine Willensbestimmung zum Unterlassen gegeben ist.

Aus alledem dürfte also hervorgehen, daß an der von Thon

vertretenen Auffassung, wonach das Unterlassen keinen darauf gerichteten Willensentschluß voraussetzt,[1]) unbedingt festzuhalten sein wird. Das Recht will ja doch keine Willenszucht üben,[2]) sondern dient lediglich realen Interessen, und diese werden, soweit die Unterlassungsansprüche in Betracht kommen, lediglich dadurch erfüllt, daß die Zuwiderhandlung, die verbotene Veränderung der Außenwelt, unterbleibt, gleichviel, ob dieses Verhalten von einem dazu besonders motivierten Willen diktiert wird oder nicht.

Es fragt sich nunmehr nur noch, wie nach der hier vertretenen Auffassung das Erlöschen des Unterlassungsanspruchs in den Fällen juristisch zu erklären ist, in denen die Unterlassungspflicht ohne oder wider den Willen des Schuldners beobachtet wird. (Fall 3 und 4 unseres Schemas.)

Wenn die Unterlassungspflicht bewußt, also mittels eines besonderen auf sie gerichteten Willensentschlusses beobachtet wird, erlischt das Schuldverhältnis ebenso wie jedes auf eine positive Leistung gerichtete durch Erfüllung (§ 362 BGB.). Soweit aber dieser Paragraph nicht anwendbar ist, weil die Unterlassung ohne den Willen des Verpflichteten erfolgt, kann man, wie oben ausgeführt, von einer Erfüllung nicht reden. Da doch aber der Anspruch unzweifelhaft erlischt, auch wenn kein animus solvendi des Unterlassenden nachweisbar ist, kann m. E. lediglich der Gesichtspunkt der Zweckerreichung in Frage kommen. Lehmann[3]) meint zwar, daß das Erlöschen des Unterlassungsanspruchs durch Zweckerreichnng nicht denkbar sei, namentlich sei auch eine zufällige Zweckerreichung ausgeschlossen, „weil der Zweck der Unterlassungspflicht nicht durch ein zufälliges Ereignis verwirklicht werden kann, vielmehr immer die Unterlassung des Schuldners nötig ist.“ Dem kann nicht beigetreten werden.

Von einer zufälligen Zweckerreichung spricht man dann, wenn

---

[1]) Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht S. 201—202.

[2]) Thon a. a. O.

[3]) Lehmann a. a. O. S. 214, 215 oben.

der Anspruch nicht durch eine auf seine Erfüllung direkt gerichtete Handlung (Leistung) des Schuldners erlischt, sondern dadurch, daß unabhängig von jedem menschlichen Tun die Bedürfnisbefriedigung beim Gläubiger mittelbar erreicht wird.[1] Daß der Umstand, welcher diese mittelbare Befriedigung des Gläubigers herbeiführt, außerhalb der Person des Schuldners liegen muß, wie Lehmann anzunehmen scheint, ist nicht nötig. Vielmehr dürfte der Annahme kein Hindernis im Wege stehen, daß im dritten und vierten der oben als möglich hingestellten Fälle der Unterlassung die Unterlassungspflicht wegen ihrer tatsächlich nur zufälligen Beobachtung seitens des Schuldners durch Zweckerreichung erlischt.

Damit kann die Erörterung über das Wesen der Unterlassung geschlossen werden. Als Resultat unserer Untersuchung hat sich folgendes ergeben:

Die Unterlassung besteht lediglich in der Nichtherbeiführung eines äußeren Erfolges.

Dieses rein passive äußere Verhalten kann, muß aber nicht mit einem entsprechenden, auf das Unterlassen gerichteten Willensentschluß verbunden sein.

Äußere Wirkungen physiologischer Art werden nur in den seltensten Fällen wahrzunehmen sein.

Der Unterlassungsanspruch richtet sich lediglich auf dieses äußere Verhalten, will aber die Willenstätigkeit des Schuldners nicht unmittelbar beeinflussen.

β. Der prozessuale Charakter der Unterlassungsklage, insbesondere ihr Verhältnis zur Feststellungsklage.

§ 9.

Der im vorigen Paragraphen dargestellte Gegensatz zwischen positiver Leistung und Unterlassung erweist seine Bedeutung nicht nur auf dem Gebiete des materiellen Rechts, sondern namentlich auch im Prozeß und in der Zwangsvollstreckung. Hier wird sich

[1]) Klein, Untergang der Obligation durch Zweckerreichung S. 66, 115.

auch die praktische Bedeutung der Unterscheidung zwischen einem Gebot der Unterlassung und einem Verbot der Zuwiderhandlung[1]) ergeben.

Wenn man nämlich die Frage nach dem Wie der Erfüllung einer Verbindlichkeit prüft, gelangt man zu dem Ergebnis, daß durch ein Tun lediglich die Ansprüche befriedigt werden können, welche auf einem Gebot beruhen, während es zum Wesen der Verbotsansprüche gehört, daß etwas nicht geschieht. Da nun die Unterlassungsansprüche, wie gezeigt, auf einem Verbot der Zuwiderhandlung beruhen, ergibt sich, daß bei ihnen von einer Erfüllung durch positive Leistung keine Rede sein kann.[2]) Was von einem Unterlassungspflichtigen verlangt wird, das ist ja gerade sein Nichttun. Nur dadurch wird der Gläubiger befriedigt; und jedes dem bezweckten Erfolge entgegenstehende Handeln des Schuldners stellt sich als eine verbotene Zuwiderhandlung dar. Das drückt sich auch in der auf ein Unterlassen gerichteten Klage und dem daraufhin ergehenden Urteil aus. Letzteres enthält kein Wort von einer Leistung, sondern verurteilt lediglich den Beklagten, die vorbotenen Handlungen, um derentwillen Klage erhoben ist, zu unterlassen.

Die Möglichkeit eines derartigen Urteils, das lediglich die Unterlassung zum Gegenstand hat, ist allerdings mehrfach angezweifelt worden.[3])

Zum Teil stützen sich die dagegen erhobenen Einwendungen

---

[1]) Fischer a. a. O. S. 72.

[2]) Fischer a. a. O. S. 72, S. 79. Fischer-Henle A. 1 zu § 194, A. 6 zu § 241. Thon a. a. O. S. 47, 196. Kohler in Grünhuts Zeitschrift Bd. 14 S. 1 ff. Derselbe, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, II. Bd. S. 41 ff. Derselbe in Iherings Jahrbüchern Bd. 17 S. 263.

[3]) Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, § 198. Derselbe im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 93 S. 34 ff., in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 29 S. 53 ff., Bd. 33 S. 360 ff., 379 ff. Staudinger, Kommentar, A. 3e zu § 198. Vgl. hierzu Wendt im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 92 S. 78, 90. Embs, Beginn der Verjährung eines Anspruchs auf Unterlassung S. 18 ff.

darauf, daß es nicht möglich sei, auf Unterlassungen zu klagen, wenn die Unterlassungspflicht bereits durch die Zuwiderhandlung verletzt sei, da in diesem Falle die Klage auf Unterlassung notwendig zu spät komme. Gegenstand der Klage sei daher in Wahrheit nicht die Unterlassung selbst, sondern die Beseitigung des durch die Zuwiderhandlung entstandenen rechtswidrigen Zustandes, also eine positive Leistung.

Dieser Einwand trifft nur dann zu, wenn es sich nur um die Pflicht zu einer einmaligen Unterlassung handelt. Hier würde allerdings eine nachträgliche Klage auf Unterlassung widersinnig sein, da die einmal geschehene Zuwiderhandlung nicht wieder rückgängig gemacht werden kann. Doch ist es nicht richtig, hieraus zu schließen, daß ein Anspruch auf eine einmalige Unterlassung überhaupt nicht besteht. Daß er existiert, zeigt die Möglichkeit seiner Geltendmachung zwar nicht nach der Zuwiderhandlung, aber doch während derselben durch Selbsthilfe nach § 229 BGB.[1]) und vorher unter den Voraussetzungen des § 229 ZPO. als Klage auf künftige Unterlassung. Daraus dürfte zur Genüge hervorgehen, daß auch bei nur einmaligen Unterlassungspflichten eine Klage auf Unterlassung möglich ist.

Eine Reihe von anderen Einwendungen gegen die Existenz einer Klage auf Unterlassung erhebt noch Hölder[2]) von seinem Standpunkt aus, wonach zu einem jeden Anspruch die Fälligkeit als wesentliches Moment gehört. Da diese Ansicht über die Fälligkeit als Voraussetzung des Anspruchsbegriffs nicht geteilt werden kann, wird es zur Zurückweisung dieser Einwendungen genügen, die wichtigsten Gründe anzuführen, welche gegen das Erfordernis der Fälligkeit des Anspruchs sprechen. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß das Gesetz selbst an sehr vielen Stellen von fälligen oder nicht fälligen Ansprüchen redet, vgl. z. B. §§ 273, 717, 813, 1087, 1228, 1391, 1394, 1658 BGB.[3]), §§ 257 ff.

---

[1]) Vgl. Siber, Rechtszwang S. 88.

[2]) Hölder an den vorstehend angeführten Stellen.

[3]) Vgl. auch Langheineken, Anspruch und Einrede, S. 67 ff.

ZPO. Der von Hölder vertretenen Auffassung steht, wie Hellwig[1]) mit Recht hervorhebt, namentlich auch § 419 BGB. entgegen, wonach als „bestehende Ansprüche" (Absatz 1) unzweifelhaft auch die noch nicht fälligen anzusehen sind. Aber auch abgesehen von diesen Gesetzesstellen müßte man schon vom rein logischen Standpunkt zu dem Schluß kommen, daß die Fälligkeit kein Begriffsmerkmal des Anspruchs ist. Wäre dies der Fall, so könnte nämlich ein Anspruch auf Unterlassen nie eingeklagt werden, weil er ja nie oder doch erst dann zur Fälligkeit gelangen könnte, wenn eine Klage auf Unterlassung nicht mehr möglich ist. Eine Klage auf Grund des § 259 ZPO. würde dann eine Klage ohne einen zugrunde liegenden Anspruch sein, was aber ein Unding ist. Nicht zutreffend ist es m. E. ferner, wenn Lehmann[2]) die Ausführungen Langheinekens ablehnt, welcher aus der Existenz eines einredebehafteten Anspruchs darauf schließt, daß diesem die Fälligkeit nicht begriffswesentlich ist.[3]) Namentlich bei der Einrede der Stundung wird man kaum der Ansicht Hölders[4]) folgen können, daß bei bewilligter Stundung und Geltendmachung der Einrede der Anspruch erloschen sei und erst nach Ablauf der Frist wieder auflebe. Denn wenn in der Zwischenzeit die gestundete Forderung vom Gläubiger abgetreten wird, dann kann man wohl nicht sagen, daß er damit ein Nichts zediert. Die Folge davon wäre schließlich auch, daß nach Ablauf der Stundungsfrist die erloschene Forderung in der Person des ursprünglichen Gläubigers, nicht des Cessionars, wieder zur Entstehung gelangen müßte, da die Cession eines nicht existierenden Anspruchs eben keine Cession ist.

Auch läßt sich das Erfordernis der Fälligkeit als wesentliches Begriffsmerkmal eines Anspruchs nicht aus § 198 BGB. herleiten,

---

[1]) Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts Bd. I S. 218. Derselbe, Anspruch und Klagrecht S. 7.

[2]) Lehmann S. 72 f.

[3]) Langheineken, Anspruch und Einrede S. 20.

[4]) Hölder im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 93 S. 80.

wonach die Verjährung mit der Entstehung des Anspruchs beginnt.[1]) Der richtigen Meinung nach ist vielmehr anzunehmen, daß § 198 BGB. die Fälligkeit des verjährenden Anspruchs als selbstverständlich voraussetzt.[2])

Nach alledem wird sich die Meinung nicht halten lassen, daß die Fälligkeit zum Wesen des Anspruchs gehört. Damit ist aber auch den Einwendungen Hölders gegen die Möglichkeit einer Klage auf Unterlassung von vornherein der Boden entzogen.[3]) Wollte man trotzdem leugnen, daß die Unterlassungsklage tatsächlich nur die Unterlassung und nichts anderes zum Gegenstande hat, so würde man sich übrigens auch mit dem Wortlaut des Gesetzes selbst in Widerspruch setzen, das an den verschiedensten Stellen (z. B. §§ 12, 862, 1004) neben dem Anspruch auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes die von ihm scharf zu scheidende Klage auf Unterlassung gibt. Auf dem gleichen Standpunkt steht die Praxis des gemeinen und heutigen Rechts. So sagt schon das Berliner Obertribunal in seiner Entscheidung vom 27. Sept. 1877,[4]) daß „bei Verträgen auf Unterlassen im Falle der Verletzung des Vertrages die Klage und das Urteil auf den Vertragsgegenstand selbst, also auf die Unterlassung der betreffenden Handlung" gerichtet ist.

An dem Resultat dieser Erörterung ändert auch der Umstand nichts, daß tatsächlich häufig in demselben Urteil, welches dem Beklagten die Unterlassung auferlegt, zugleich auch ausgesprochen wird, daß er die Folgen gewisser Beeinträchtigungen durch positive

---

[1]) Vgl. namentlich Hölder in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 33 S. 361, und in Iherings Jahrbüchern Bd. 46 S. 292.

[2]) Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. I S. 217. So jetzt auch Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd. I (3. Aufl.) S. 509 A. 4, im Gegensatz zu den früheren Auflagen.

[3]) Lehmann (S. 102 ff.) sucht selbst für den Fall, daß man sich den obigen Ausführungen nicht anschließen sollte, die Unrichtigkeit der Auffassung Hölders nachzuweisen.

[4]) Seufferts Archiv Bd. 34 S. 160. Ebenso das Oberlandesgericht Kiel in Seufferts Archiv Bd. 48 S. 178.

Handlungen zu beseitigen habe.[1]) Denn wenn auch die Verübung von Beeinträchtigungen häufig geradezu als Voraussetzung für das eine Unterlassungspflicht aussprechende Urteil erscheint, z. B. in §§ 12, 862, 1004 BGB., so hat doch die Verpflichtung, sie zu beseitigen, mit dem Unterlassungsurteil selbst nichts zu tun.

Dieser rein negative Inhalt des Urteils auf Unterlassung hat aber auch einen bis jetzt noch nicht ausgetragenen Streit in der Wissenschaft über die rechtliche Natur des genannten Urteils zur Folge gehabt.

Fischer,[2]) Wach,[3]) Kohler,[4]) Hölder,[5]) Förster[6]) und Sprenger[7]) sehen ein derartiges auf Unterlassung von Beeinträchtigungen ergehendes Urteil lediglich als ein Feststellungsurteil an, während das Reichsgericht,[8]) Hellwig,[9]) Hellmann,[10]) Langheineken,[11]) Gaupp-Stein,[12]) Weismann[13]) u. a. in ihm ein Leistungsurteil oder vielmehr — um nicht den Gedanken an eine positive Leistung zu erwecken — ein Kondemnationsurteil sehen. Auch das frühere Reichsoberhandelsgericht[14]) könnte hier angeführt werden, da es in

---

[1]) Langheineken, Der Urteilsanspruch S. 209.

[2]) Fischer a. a. O. S. 79—81.

[3]) Wach, Feststellungsanspruch S. 40.

[4]) Kohler, Prozeßrechtliche Forschungen S. 63 ff.

[5]) Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Teil des BGB. S. 412 f. Derselbe im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 93 S. 34 ff.

[6]) Förster in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 8 S. 143 A. 34.

[7]) Sprenger im Magazin für d. deutsche Recht Bd. 7 S. 90.

[8]) Entscheidung des RGer. vom 11. Januar 1890 (Bd. 25 S. 378), vom 26. November 1892 (abgedruckt bei Bolze, Praxis des RGer. Bd. 14 Nr. 59 und in der Jur. Wochenschr. 1893 S. 73), vom 9. Dezember 1899 (Entsch. Bd. 45 S. 61), vom 18. Januar 1905 (in der Jur. Wochenschr. 1905 S. 174, Sächs. Arch. Bd. 15 S. 209 ff.).

[9]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 381 ff. Derselbe, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts S. 374 f.

[10]) Hellmann in den Jahrb. f. Dogmatik Bd. 31 S. 123.

[11]) Langheineken, Urteilsanspruch S. 210 f.

[12]) Gaupp-Stein, Kommentar zur ZPO., 1. Bd. S. 511.

[13]) Weismann, Feststellungsklage S. 133.

[14]) Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 24 S. 232.

seiner Entscheidung vom 29. Oktober 1878 die Annahme einer „reinen Feststellungsklage" bei Untersagung von Zuwiderhandlungen gegen das Markenschutzgesetz vom 30. November 1874 verwirft.

Zuzugeben ist, daß das Urteil, welches die Unterlassungspflicht auf Grund einer Kondemnationsklage ausspricht, dem entsprechenden Feststellungsurteil ähnlich sieht, doch sind immerhin schon äußerliche Unterschiede nicht zu verkennen. Die Urteilsformel würde im ersten Falle lauten: „Der Beklagte wird verurteilt, ... zu unterlassen", im zweiten Falle: „Es wird festgestellt, daß der Beklagte schuldig ist, ... zu unterlassen." Diese Formulierung dürfte doch nicht, wie Wach[1]) entgegen der herrschenden Meinung annimmt, gänzlich bedeutungslos sein.

Ein weiterer Unterschied zwischen den beiden Klagformen wäre der, daß bei der Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO. der Kläger das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung zu beweisen hat, während die Kondemnationklage nicht diese Voraussetzung hat, sondern — wenigstens in den meisten Fällen — den Nachweis erfordert, daß weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind (z. B. nach §§ 12, 862, 1004 BGB.). Daß außerdem in manchen Fällen noch andere Nachweise zu erbringen sind, wird später zu zeigen sein.

Ein letzter gleichfalls äußerlicher Unterschied zwischen der Feststellungs- und Verurteilungsklage auf Unterlassung besteht darin, daß letztere nach § 890 ZPO. eine „Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Unterlassungen" kennt, wie sich die Überschrift des in Frage kommenden Abschnitts der Zivilprozeßordnung ausdrückt.

Hier setzt aber auch schon die Kontroverse ein. Wach[2]) nämlich, auch Degenkolb,[3]) Sprenger,[4]), Hölder[5]) u. a. halten es

---

[1]) Wach, Feststellungsanspruch S. 34. Dazu Kisch, Beiträge zur Urteilslehre S. 18 ff., insbesondere A. 19.

[2]) Wach a. a. O. S. 35 ff., S. 40.

[3]) Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm S. 140 ff.

[4]) Sprenger a. a. O. S. 87.

[5]) Hölder im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 93 S. 30 ff.

nicht für richtig, die Verurteilungs- von den Feststellungsklagen dadurch zu scheiden, daß man diesen die Vollstreckbarkeit versage, welche jenen uneingeschränkt zugesprochen werde; namentlich seien im Falle einer Unterlassungsklage beide Urteilsformen geeignet, Vollstreckungstitel im Sinne des § 890 ZPO. zu bilden.[1]) Man wird diesen Ausführungen ebensowenig beipflichten können wie denen Kohlers,[2]) welcher behauptet, daß ein Feststellungsurteil über einen künftigen Anspruch gleichzeitig einen in Zukunft vollstreckbaren Titel schaffe.

Diese Einwendungen lassen den Unterschied zwischen Feststellungs- und Leistungsklage ganz außer acht. Hölder[3]) allerdings sieht einen Unterschied zwischen diesen beiden Klagformen lediglich in ihrer Zweckbestimmung. Sobald der Kläger Änderung eines bestehenden Rechtszustands erstrebt, heiße die von ihm erhobene Klage Leistungsklage. Verfolgt er diesen Zweck nicht, so müsse die von ihm erhobene Klage als Feststellungsklage bezeichnet werden. Demgemäß sei es auch gleichgültig, ob der Klagantrag tatsächlich nur eine Feststellung oder eine Leistung begehrt und ob die Urteilsformel diese oder jene Form wähle: die Funktion der Klage sei immer vom Kläger selbst abhängig. Dieser habe es daher auch in seiner Gewalt, die Zweckbestimmung eines nur als Feststellungsurteil formulierten, der Erhaltung eines Zustandes dienenden Erkenntnisses zu ändern und es als vollstreckbaren Titel zur zwangsweisen Änderung des Zustandes zu benutzen. Der Vollstreckung fähig seien also beide Urteilsformen.

Diese Konstruktion preßt m. E. zwei ganz ungleichartige Begriffe in die gleiche Form. Wie vielmehr die Feststellungsklage sich von der Leistungsklage nicht nur in der äußeren Form, sondern auch in den Prozeßvoraussetzungen und im Inhalt des herbeizuführenden Urteils unterscheidet, so kann man auch die durchaus verschiedene Wirkung der betreffenden Urteile nicht in der Art vom

---

[1]) Wach a. a. O. S. 40.

[2]) Kohler, Prozeßrechtliche Forschungen S. 64.

[3]) Hölder im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 93 S. 26 f., 30 ff.

Belieben des Klägers abhängig machen wie es Hölder tut. Die Feststellungsklage, nach § 256 ZPO. bedingt durch den Nachweis des Interesses an der alsbaldigen Feststellung, hat lediglich den Zweck, das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses festzustellen. In der Rechtskraft dieser Feststellung erschöpft sich die Wirkung des auf sie ergehenden Urteils.[1]) Das auf eine Leistungsklage ergehende Urteil aber stellt einen Anspruch des Klägers nicht nur als einen bestehenden, sondern als einen zu befriedigenden fest, mit andern Worten: durch das Leistungsurteil wird die Vollstreckung des klägerischen Anspruchs ermöglicht,[2]) ein Vorzug, der der Feststellungsklage fehlt.[3])

Daß das Feststellungsurteil keiner Vollstreckung fähig ist, wird aber außerdem noch durch die Tatsache bewiesen, daß durch die Novelle des Jahres 1898 die jetzigen §§ 257—259 ZPO. eingefügt wurden, weil das bis dahin geltende Prozeßrecht keine Möglichkeit kannte, künftige Ansprüche einzuklagen und auf Grund des Paragraphen über die Feststellungsklage lediglich die Konstatierung, nicht aber auch ein Vollstreckungstitel über den künftigen Anspruch erreicht werden konnte — Tatsachen, welche die oben erwähnten Konstruktionen einer vollstreckbaren Feststellungsklage auf das schlagendste widerlegen.

Aus den so gewonnenen Leitsätzen wird auf den rechtlichen Charakter der Unterlassungsklage zu schließen sein.

Der Kläger begehrt in dem Klageantrag Verurteilung des Beklagten zur Unterlassung gewisser rechtswidriger Handlungen. Hält man sich gegenwärtig, daß ein Unterlassen, d. h. das Nichttun einer Zuwiderhandlung sehr wohl Gegenstand eines Anspruchs sein kann[4]) und daß andererseits durch das Urteil der Beklagte wirklich verurteilt[5]) wird, zu unterlassen, d. h. sich keiner Zuwiderhandlung

---

[1]) Kisch, Beiträge zur Urteilslehre S. 16, 23.

[2]) Kisch a. a. O. S. 18, 23.

[3]) Vgl. O. Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 79 f. Engelmann, Der deutsche Zivilprozeß S. 248 f. Gaupp-Stein, Kommentar, A. zu § 256.

[4]) Vgl. Denkschrift zur Novelle, §§ 231a—231c.

[5]) Fischer a. a. O. S. 79.

schuldig zu machen, so könnte man wohl schon daraus zu dem Schlusse gelangen, daß die Unterlassungsklage keine Feststellungsklage[1]) ist.

Die Richtigkeit dieser Annahme wird noch mehr einleuchten, wenn wir den Einwand[2]) prüfen, daß die Unterlassungsklage trotzdem eine Feststellungsklage sein müsse, weil sie einer Zwangsvollstreckung nicht fähig sei.

Wie oben nachgewiesen wurde, sind Unterlassungsklagen in der Tat eines Erfüllungszwanges nicht fähig, weil sie nicht ein Gebot, sondern ein Verbot enthalten. Das hindert aber doch m. E. nicht, daß sie überhaupt eines Zwanges fähig sind, den man wohl nicht anders als Zwangsvollstreckung nennen kann, wenn er, so gut und schlecht es geht, das Ziel verfolgt, das klägerische Begehren, in unserem Falle die Verhütung der Zuwiderhandlung, mit Hilfe staatlichen Zwanges durchzusetzen. Zur Erreichung dieses Zieles würden zwei Wege zu Gebote stehen,[3]) nämlich erstens eine ständige Überwachung des Schuldners durch staatliche Organe, welche bereit sind, eine vom Schuldner etwa unternommene Zuwiderhandlung sofort noch vor der Begehung durch Anwendung direkten Zwanges zu unterdrücken; ein zweiter Weg zur Durchsetzung des staatlichen Zwanges wäre eine indirekte Beeinflussung durch Androhung und Verhängung von Geld- und Freiheitsstrafen, wie sie die ZPO. nach § 888 auch zur Erwirkung von Handlungen kennt, welche von einem Dritten nicht vorgenommen werden können. Der erste Weg ist nicht gangbar, weil er einerseits, was auch Wendt hervorhebt, praktisch undurchführbar, außerdem auch insofern unbillig wäre, als in vielen Fällen schon der moralische Effekt des Urteils und der Strafandrohung genügen wird, um den Schuldner

---

[1]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 26.

[2]) Langheineken, Urteilsanspruch S. 210. Kisch, Beiträge zur Urteilslehre S. 32. Hellwig a. a. O. S. 351, 389. Stein, Voraussetzungen des Rechtsschutzes S. 124 ff. Hölder im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 93 S. 43 ff. Fischer a. a. O. S. 79—82.

[3]) Wendt a. a. O. S. 98.

von Zuwiderhandlungen abzuhalten. In der Tat hat denn auch das Gesetz in §§ 890, 891 ZPO. den zweiten Weg eingeschlagen. Nach diesen Vorschriften hat der Gläubiger das Recht, entweder sogleich in dem die Verpflichtung zur Unterlassung aussprechenden Urteil oder später für jede Zuwiderhandlung die Androhung einer Geld- oder Haftstrafe aussprechen zu lassen, welche bei erfolgter Zuwiderhandlung auf Antrag vom Gericht zu verhängen ist. Ebenso kann nach § 890, 3 ZPO. auf Antrag des Gläubigers Bestellung einer Sicherheit für den durch fernere Zuwiderhandlung entstehenden Schaden auf bestimmte Zeit angeordnet werden.

Der Zweck dieser Bestimmungen liegt auf der Hand. Da ein direkter Zwang des Schuldners, die Zuwiderhandlung zu unterlassen, aus den obigen Gründen ausgeschlossen ist, soll indirekt und zwar präventiv durch Androhung der Strafen und Sicherheitsleistung und außerdem auch repressiv durch Verhängung und Vollstreckung bereits verwirkter Strafen auf ihn d. h. auf seinen Willen eingewirkt werden. Daß eine derartige zum Zweck eines Willenszwanges vorgenommene Exekution infolge der Freiheit des menschlichen Willens manche Mängel an sich trägt, soll ohne weiteres zugegeben werden. Versagen würde z. B. diese Zwangsvollstreckung, wenn der Schuldner zwar alle verhängten Strafen auf sich nimmt, aber nicht aufhört, die Zuwiderhandlungen fortzusetzen. In diesem Falle bliebe dem Gläubiger als letzter Ausweg die Interesseforderung des § 893 ZPO. übrig. Das kann aber doch wohl nicht hindern, die Maßnahmen aus § 890 ZPO. als Zwangsvollstreckung zu bezeichnen,[1]) ebensowenig wie man zögern würde, den aus § 888 folgenden Straffestsetzungen zur Erwirkung von Handlungen die Bezeichnung „Zwangsvollstreckung" zu verweigern. Wenn aber das eine Unterlassungspflicht aussprechende Urteil einer Zwangsvollstreckung fähig ist, dann kann es nach den

---

[1]) Vgl. hierzu das Zugeständnis Hölders a. a. O. S. 37.

früheren Ausführungen auch nicht als Feststellungs-, sondern als Kondemnationsurteil betrachtet werden.[1])

Damit soll natürlich nicht gesagt sein, daß überhaupt keine Berührungspunkte zwischen dem Leistungsurteil auf Unterlassung und dem entsprechenden Feststellungsurteil besteht. Im Gegenteil! Das Leistungsurteil stellt die ihm zugrunde liegende Unterlassungspflicht ebenso fest wie das Feststellungsurteil. Doch geht seine Funktion über die des letzteren dadurch hinaus, daß es einen vollstreckbaren Titel zur Erzwingung der Beobachtung dieser Unterlassungspflicht darstellt. Ob das Urteil diese Eigenschaft der Vollstreckbarkeit durch einen besonderen Leistungsbefehl des Richters an den Verurteilten oder dadurch erhält, daß es den Anspruch von vornherein als einen exequierbaren feststellt, — diese Kontroverse zu entscheiden ist hier nicht der Ort.[2]) Soviel aber steht fest: die vorherige Feststellung der Unterlassungspflicht tritt hinter der Verurteilung zur Unterlassung zurück, sie bildet, wie Kisch treffend sagt, nur ein Element, eine Voraussetzung der Verurteilung.

Auch in ihrer praktischen Bedeutung stehen sich Feststellungs- und Leistungsurteil auf Unterlassung verhältnismäßig nahe, da ja beide Urteile eine Gefährdung des zugrunde liegenden Rechts auf Unterlassung voraussetzen.

Von der Verschiedenheit ihrer Voraussetzungen ist bereits gesprochen worden. In ihrer Anwendbarkeit werden durch die Wirkungen der Rechtskraft Unterschiede geschaffen. Ist die Unterlassungspflicht dem Schuldner gegenüber einmal rechtskräftig festgestellt, so steht einer zweiten Feststellungsklage die Rechtskraft des ersten Urteils entgegen, auch wenn wirklich ein neues rechtliches Interesse, z. B. Rechtsgefährdung infolge von Drohungen mit Zuwiderhandlung in Bestreitungsabsicht vorhanden sein sollte. Doch wäre in diesem Falle möglicherweise die Verurteilungsklage zulässig.

---

[1]) A. M. Pagenkemper, Unmöglichkeit und Verzug bei Unterlassungspflichten S. 22.

[2]) Vgl. Kisch, Beiträge zur Urteilslehre S. 23 ff. Langheineken, Urteilsanspruch S. 87 ff.

Ist schließlich nach bereits erfolgter Zuwiderhandlung eine erneute Drohung des Schuldners in der Absicht erfolgt, seine Unterlassungspflicht zu bestreiten, so kann Konkurrenz der beiden genannten Klagen in Frage kommen.[1]

Die Besonderheiten der Unterlassungsklage mögen es gewesen sein, die Hölder veranlaßt haben,[2] sie anders zu qualifizieren, als es hier geschehen ist.

Es ist bereits erwähnt worden, daß Hölder als Feststellungsklagen diejenigen bezeichnet, welche die Erhaltung eines Zustandes bezwecken, während nach seiner Ansicht die Leistungsklagen allein dazu bestimmt sind, die Änderung eines solchen Zustandes herbeizuführen. Nun sei der Anspruch auf Unterlassung ein durch seine bloße Existenz befriedigter, im Gegensatz zu den Rechten auf eine positive Leistung, bei denen von vornherein die Änderung eines Zustandes bezweckt werde. Da nun ein Recht auf Unterlassung nie durch eine Änderung des bestehenden Zustandes befriedigt werden könne, vielmehr eine solche z. B. in Form von Schadensersatz oder Beseitigung erst dann eintrete, wenn die Unterlassungspflicht verletzt wird, sei die einzige Klagform, durch welche ein Recht auf Unterlassung geltend gemacht werden könne, die Feststellungsklage nach § 256 ZPO.

Die Konstruktion Hölders, welche das eine für sich hat, daß sie die positive Leistung von dem negativen Inhalt der Unterlassung aufs strengste scheidet, kann wegen der praktischen Undurchführbarkeit eben dieser strengen Scheidung nicht verwendet werden. Mit jeder positiven Leistungspflicht ist zugleich die Pflicht verknüpft, alles zu unterlassen, was den Zweck des Anspruchs vereiteln oder gefährden würde,[3] eine Tatsache, die schon aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB.) zu folgern ist und demnach

---

[1]) Stein, Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes S. 125.

[2]) Hölder, Kommentar, A. 2 zu § 194 BGB. Derselbe in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 29 S. 50, Bd. 33 S. 395 ff., in Iherings Jahrbüchern Bd. 46 S. 296, im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 93 S. 34 ff.

[3]) Vgl. Lehmann a. a. O. S. 98.

wohl kaum, wie Siber[1]) will, als eine bloße Tautologie mit der positiven Leistungspflicht bezeichnet werden kann. Da nun aber diese Unterlassungspflichten eine lediglich vorbereitende, unterstützende Bedeutung haben und aus derselben Norm zu folgern sind, wie die positive Leistungspflicht selbst, also gewissermaßen nur als die Kehrseite dieser letzteren erscheinen, ist mit Notwendigkeit auf ihren rein akzessorischen, unselbständigen Charakter zu schließen. Daraus wiederum folgt, daß ein selbständiger Anspruch auf Erfüllung dieser Unterlassungspflichten neben dem positiven Leistungsanspruch nicht besteht, also auch eine besondere Unterlassungsklage nicht möglich ist.

Mit dieser Konsequenz aber ist die Theorie Hölders gefallen.[2]) Sobald man nämlich in der positiven Leistung nur eine Änderung und in der Unterlassung nur eine Erhaltung eines Zustandes sieht, muß man zugeben, daß mit einer Pflicht zur Änderung zugleich auch verschiedene Erhaltungspflichten, und mit einer prinzipalen Erhaltungspflicht auch wiederum Änderungspflichten verbunden sein können — denn natürlich können bei einer Unterlassungspflicht auch positive Vorbereitungshandlungen in Frage kommen, z. B. Aufschließen eines Hoftores bei einer Wegedienstbarkeit. Da nun die prinzipale positive Leistungspflicht lediglich durch Leistungsklage, die unselbständigen Unterlassungspflichten aber nach Hölders Ansicht lediglich durch Feststellungsklage geltend gemacht werden kann, andererseits aber zu diesem Zwecke eine Verbindung der beiden Klagen eben wegen des unselbständigen Charakters der nur vorbereitenden Unterlassungspflicht nicht möglich ist, weil auf eine derartige akzessorische Unterlassungspflicht überhaupt keine besondere Klage gegeben ist, ergibt sich m. E. deutlich die Unhaltbarkeit der Hölderschen Konstruktion.

Ebensowenig kann der Auffassung beigepflichtet werden, welche Siber von der Unterlassungsklage hat, soweit diese aus absoluten Rechten hervorgeht.

---

[1]) Siber, Rechtszwang S. 86.

[2]) Vgl. Lehmann S. 98 ff.

Bezüglich der obligatorischen Unterlassungsansprüche nimmt Siber, abgesehen von den zu erwähnenden Ausnahmen keine Sonderstellung ein. Doch leugnet er die Existenz von absoluten Ansprüchen auf Unterlassung. Nach seiner Meinung können Unterlassungsansprüche nur angenommen werden, wo ohne sie die Zuwiderhandlung erlaubt wäre.[1]) Nun sei der Eingriff in ein fremdes dingliches Recht aber schlechthin verboten, so daß der Berechtigte durch Gewährung eines Anspruchs nicht mehr erhalten würde, als er ohnehin hat. Daraus folgert Siber, daß ein dinglicher Anspruch auf Unterlassung nicht existiert und infolgedessen die trotzdem gewährten Klagen aus den §§ 12, 862, 1004 u. s. w. BGB. eine „Absonderlichkeit" seien,[2]) die sich nicht erklären lasse. Doch setzt sich Siber über diese auffällige Erscheinung deshalb ziemlich leicht hinweg, weil er ein Klagrecht ohne zugrunde liegenden Anspruch für möglich hält. Auch ohne diese vom Gesetz gewährten Klagen aber sei der Eigentümer keineswegs wehrlos, vielmehr könne er im Wege der einstweiligen Verfügung nach § 935 ZPO. für den Fall der Zuwiderhandlung das Ziel des § 890 ZPO., Strafandrohung und eventuell Sicherheitsleistung, erreichen und zwar ohne Nachweis der strengen Voraussetzungen der §§ 12, 1004 u. s. w. BGB. Dasselbe Mittel stehe auch dem Vermieter und dem Hypothekengläubiger zu.

Das Ziel der Unterlassungsklage erblickt Siber demgemäß nicht in der Befriedigung eines Unterlassungsanspruchs, „der ein Anspruch auf Nichtbegehung von Delikten sein würde", sondern in der „Sicherung des Anspruchs auf Leistung aus der Sache oder des zugunsten des absolut Berechtigten und ausnahmsweise auch des Forderungsberechtigten erlassenen Verbotsgesetzes". Das Unterlassungsurteil sei also nach seinen prozessualen Voraussetzungen zwar Verurteilung im Prozeß, dagegen materiell nichts als eine einstweilige Verfügung.

Die ganze Deduktion Sibers beruht insofern auf falschen

[1]) Siber, Rechtszwang S. 100 ff.

[2]) Siber a. a. O. S. 109.

Voraussetzungen, als er zu Unrecht annimmt, daß der Eingriff in ein dingliches Recht schon schlechthin verboten ist und infolgedessen der Anspruch bereits überflüssig sei. Vielmehr ist es ja gerade erst die Gewährung des Unterlassungs*anspruchs*, die den Schutz des dinglichen oder sonstigen absoluten Rechts ausmacht. Und gerade weil dieser Unterlassungs*anspruch* besteht, ist auch die Unterlassungsklage gegeben, welche also in Wahrheit nichts Absonderliches an sich hat, vielmehr als natürliche Folge z. B. des Eigentumsschutzes erscheint. Ebenso steht es mit der Zulässigkeit der einstweiligen Verfügung nach § 935 ZPO. Eine solche ist auch nicht schlechthin zulässig, sondern erst, *weil* ein Anspruch, ein Recht einer Partei in bezug auf den Streitgegenstand besteht.

Demgemäß ist auch die Schlußfolgerung Sibers nicht richtig. Nicht Sicherung eines andern Rechts, sondern Befriedigung des Unterlassungsanspruchs selbst ist Zweck und Ziel der Unterlassungsklage, so daß die prozessuale Form, die zu ihrer Durchführung nötig ist, nicht etwa bloß ein Mantel für eine einstweilige Verfügung ist, sondern ihrem wahren Kern, dem Anspruch auf Unterlassung, durchaus entspricht. Daß die Vollstreckung eines Unterlassungsurteils, wie oben gezeigt, allerdings einen vorbeugenden, sichernden Charakter hat, kann an dem gewonnenen Resultat nichts ändern, da der Gegenstand dieser „Sicherung“ ein bei weitem anderer ist, als Siber annimmt.

Nach alledem wird also daran festzuhalten sein, daß die Unterlassungsklage wirklich die Unterlassung zum Gegenstande hat und das auf sie ergehende Urteil kein Feststellungs-, sondern ein Kondemnationsurteil ist. Daß übrigens auch die jüngste Praxis unserer Gerichte auf demselben Standpunkt steht, erhellt aus dem bereits erwähnten, am 18. Januar 1905 ergangenen Urteil des Reichsgerichts[1]) wenigstens indirekt. Aus diesem Urteil nämlich geht hervor, daß unser höchster Gerichtshof ebenso wie in seinen früheren Entscheidungen an dem Charakter der Unterlassungsklage als Verurteilungsklage festhält, da in diesem

---

[1]) Juristische Wochenschrift 1905 S. 174 (Sächs. Archiv Bd. 15 S. 209 ff.).

Erkenntnis unsere Klage ausdrücklich der Feststellungsklage gegenübergestellt wird.

γ. Die Unterlassungsklage aus ZPO. § 259.

§ 10.

Im vorigen Paragraphen wurde versucht, nachzuweisen, daß die Unterlassungsklage eine Verurteilungsklage ist und daß durch das auf sie ergehende Urteil die Verpflichtung des Beklagten ausgesprochen wird, weitere Störungen zu unterlassen. Aus diesem Wesen der Unterlassungsklage folgt aber auch, daß sie in einem bereits gestreiften Fall für den Gläubiger unpraktisch ist, nämlich dann, wenn der Schuldner zu einer Unterlassung bei einer bestimmten Gelegenheit verpflichtet ist und dieser Verpflichtung zuwidergehandelt hat. Da nach der Zuwiderhandlung eine Klage auf weitere Unterlassung nicht mehr möglich wäre,[1]) würde dem Kläger nur noch die Interesseklage aus § 892 ZPO. zur Verfügung stehen. Vor der Zuwiderhandlung könnte er sich, auch wenn er genau wüßte, daß der Schuldner seiner Verpflichtung nicht nachkommen wird, nicht sichern. Eine Klage auf Feststellung des Rechtsverhältnisses stände ihm zwar offen, erfordert aber den Nachweis des rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Feststellung und ist zudem einer Zwangsvollstreckung nicht zugänglich, so daß ihre Wirkung auf den Schuldner eine rein moralische wäre.

In diesem Falle ist es denn von großer Wichtigkeit, daß die Zivilprozeßordnung in ihrem durch die Novelle von 1898 geschaffenen § 259 dem Gläubiger die Möglichkeit gewährt, auch mit anderen Mitteln gegen den Schuldner vorzugehen. Nach der genannten Vorschrift ist der Gläubiger befugt, auf die künftige „Leistung“ zu klagen, wenn „die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich rechtzeitiger Leistung entziehen werde“.

Hier fragt es sich zunächst, in welchem Sinne das Wort „Leistung“ zu verstehen ist. Soll das Wort hier seine ältere Bedeutung haben, nach der zu ihrem Wesen stets ein positives

[1]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 351 oben.

Element gehört und infolgedessen das Unterlassen nie als „Leistung" bezeichnet werden darf? Oder liegt dem Worte der Begriff zugrunde, wie er vom Bürgerlichen Gesetzbuch in § 241 Satz 2 geschaffen wurde?

Stein[1]) vertritt unbedingt die erste Alternative, ja er zählt § 259 ZPO. sogar in allererster Linie zu den Vorschriften, „die nur in Beziehung auf positive Leistungen gemeint und auf sie anwendbar sind". Mannhardt[2]) dagegen meint, daß § 259 ZPO. offenbar den Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Auge hat, und ebenso glaubt Hellwig[3]) ohne weiteres den Leistungsbegriff des § 259 ZPO. auch auf die Unterlassung ausdehnen zu können.

Ich glaube, daß nach dem unzweideutigen Wortlaut des § 241 Satz 2 BGB. ein Schwanken in dieser Frage ausgeschlossen ist. Mag auch das Sprachgefühl sich noch so sehr dagegen sträuben, daß die Unterlassung unter den Leistungsbegriff subsumiert wird, man wird dies in § 259 cit. als der nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch entstandenen Norm unbedenklich tun müssen, zumal keine logischen Bedenken entgegenstehen, die darauf schließen lassen, daß die Unterlassung ähnlich wie etwa in §§ 362 ff. BGB. nicht unter dem Wort „Leistung" gemeint sein kann. Man wird daher § 259 ZPO. für unsere Frage dahin umzudenken haben, daß die Klage auf künftige Unterlassung dann zulässig ist, wenn Besorgnis besteht, daß der Schuldner seiner Unterlassungspflicht zuwiderhandeln wird, sei es, daß letztere nur für eine bestimmte künftige Gelegenheit besteht oder daß sie zwar bereits vorhanden ist und auch vom Schuldner bisher beobachtet wurde, daß aber eine Zuwiderhandlung infolge des Verhaltens des Schuldners zu befürchten ist.

Bezüglich des letzteren Falles hebt Hölder[4]) mit Recht hervor, daß man hier eigentlich nicht davon reden kann, daß der

---

[1]) Stein, Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes S. 119.

[2]) Mannhardt in der Deutschen Juristenzeitung 1903 S. 416 ff.

[3]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 389 ff., Lehrbuch I. Bd. S. 373 ff.

[4]) Hölder in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 29 S. 63 f.

Schuldner sich der „rechtzeitigen Leistung entzieht“. Was vielmehr dann vorliegt, sei eine Gefährdung des bisher beobachteten Rechts des Gläubigers auf Vermeidung von Zuwiderhandlungen, aber „es ist nicht abzusehen, warum ich zwar der ersten, nicht aber der zweiten Gefährdung durch Klage entgegentreten soll“.

Mit diesen Worten schneidet Hölder eine Frage an, die für das Verständnis des § 259 ZPO. von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist. Es fragt sich nämlich, wie mit dem Begriff der Unterlassung, bei der man doch zunächst immer an ein Verhalten von einer gewissen Dauer denkt, die Vorstellung der rechtzeitigen Leistung namentlich dann harmoniert, wenn das bisherige pflichtgemäße Verhalten des Schuldners plötzlich durch eine Zuwiderhandlung unterbrochen zu werden droht, mit anderen Worten: ist die geschuldete Unterlassung als eine Einheit oder als eine Verbindung mehrerer einzelner Unterlassungsleistungen aufzufassen?

An und für sich stände nichts entgegen, jede geschuldete Unterlassung in so viele einzelne Unterlassungsleistungen zu zerlegen, als Zeitpunkte denkbar sind, in denen eine Zuwiderhandlung möglich ist. Vom rein logischen Standpunkt wäre diese Betrachtungsweise richtig, könnte aber die juristische Würdigung unseres Paragraphen in keiner Weise fördern. Man wird vielmehr mit Lehmann [1]) von der Anschauung des Lebens und namentlich dem wirtschaftlichen Zweck der im konkreten Falle geschuldeten Unterlassung ausgehen müssen. Man wird also sagen können, daß da, wo das durch die Unterlassung zu befriedigende wirtschaftliche Bedürfnis ein einmaliges, vorübergehendes ist, diese selbst als eine einmalige, unteilbare anzusprechen sein wird. Ist dagegen das Bedürfnis nach Vermeidung eines bestimmten verpönten Erfolges ein dauerndes, das nicht bloß durch eine einzige, sondern durch eine ganze Reihe von „Unterlassungsleistungen“ befriedigt werden kann, dann wird man zweckmäßig von einer Dauerunterlassung sprechen, die

---

[1]) Hölder im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 93 S. 33.

zwar im Hinblick auf den zu erzielenden Gesamtzweck ebenfalls als eine einheitliche aufgefaßt wird, ihre innere Zusammensetzung aber dadurch zum Ausdruck bringt, daß ihre Elemente, ihre Teilwerte, die einzelnen „Unterlassungsleistungen“, als selbstständige aufgefaßt werden.[1])

Freilich ist die Existenz der als Einheit aufgefaßten mehrgliederigen Obligation nicht unangefochten geblieben. Namentlich Mitteis leugnete die sogenannte una obligatio und erklärte sie lediglich „als eine aus rein praktischen Gründen erfolgende teilweise Zusammenfassung und einheitliche Behandlung . . . . der Einzelansprüche“.[2])

Von den verschiedenen Gründen, welche Klein gegen diese Auffassung anführt, sei nur der dem positiven Recht entlehnte erwähnt. Wenn nämlich z. B. ein Dienstvertrag mit einem Dienstboten abgeschlossen wird, so wird die Summe der aus diesem Dienstvertrage entspringenden Rechte und Pflichten unzweifelhaft als eine Einheit aufzufassen sein, welche der Einheit der Bedürfnisse entspricht, die durch den Abschluß des Dienstvertrages befriedigt werden sollen. Daß neben dieser Einheit der Gesamtobligation auch noch die einzelnen dem Dienstvertrage entspringenden Ansprüche eine selbständige Existenz haben, bedarf keiner Ausführung. Diese Duplizität der Obligationen kommt auch noch zum Ausdruck in § 241 BGB., welcher bestimmt, daß „kraft des Schuldverhältnisses (Gedanke der una obligatio) der Gläubiger berechtigt ist, von dem Schuldner „eine Leistung“ zu fordern.[3])

Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt Langheineken, welcher gerade am Unterlassungsanspruch nachzuweisen sucht, daß der Anspruch immer nur ein einheitlicher sein kann und es verfehlt ist, die Selbständigkeit einzelner Abschnitte des geschuldeten Dauer-

---

[1]) Vgl. Lehmann S. 59 ff. Klein, Untergang der Obligationen durch Zweckerreichung S. 21 ff., insbesondere S. 24.

[2]) Mitteis, Die Individualisierung der Obligation, S. 28 ff.

[3]) Klein a. a. O. S. 31 ff.

verhaltens anzuerkennen.[1]) Dem gegenüber weist Lehmann[2]) mit Recht darauf hin, daß Langheineken sich selbst widerlegt, wenn er die (m. E. richtige) Behauptung vertritt, daß der Unterlassungsanspruch „teils auf gegenwärtige, teils auf künftige Leistungen gerichtet" ist, sobald er überhaupt aktuell d. h. fällig ist.

Es ergibt sich also, daß von einem Anspruch auf Dauerunterlassung nur der einzelne mit der Zeit fortwährend wechselnde Teilanspruch fällig ist. Im übrigen besteht nur ein Anspruch auf künftige Leistung.

Ferner folgt aus den obigen Erörterungen, daß die Klage auf eine künftige Dauerunterlassung aus § 259 ZPO. die Unterlassung als Einheit zum Gegenstande hat. Steht aber nach ordnungsmäßigem Ablauf eines Teiles einer solchen Dauerunterlassung die Nichtbeobachtung eines demnächst fällig werdenden Einzelanspruchs zu erwarten, so wird hierdurch nicht nur dieser Einzelanspruch, sondern der ganze Rest der noch ausstehenden Dauerunterlassung gefährdet. Bei der Klage aus § 259 wird also dieser Rest (die Summe der noch nicht fälligen Unterlassungsleistungen) ebenfalls als Einheit angesehen werden müssen. In diesem Sinne wird man der Bemerkung Hölders, von der wir ausgegangen waren, beipflichten können.

Bevor wir auf die Bedeutung des § 259 ZPO. für die Unterlassungsklage näher eingehen, wird der rechtliche Charakter der Klage aus diesem Paragraphen kurz zu streifen sein.

Im Gegensatz zur herrschenden Meinung sieht Hölder[3]) in ihr nicht eine Verurteilungs-, sondern eine Feststellungsklage. Sie sei nichts anderes als eine Anwendung des § 256 und enthalte eine bedingte Verurteilung, bedingt deshalb, weil die durch das Urteil festgestellte Pflicht des Schuldners, zur bestimmten Zeit zu leisten, durch frühere Leistung oder aus irgend einem anderen Grunde wegfallen könne. Diese Meinung Hölders entspricht seiner nicht zu

[1]) Langheineken, Anspruch und Einrede S. 248 f.

[2]) Lehmann S. 60 ff.

[3]) Hölder im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 93 S. 33.

billigenden Ansicht von der Feststellungsklage,[1]) deren Widerlegung bereits im vorigen Paragraphen versucht wurde.

Die herrschende Ansicht, welche solche Rechtsakte nicht kennt, die sowohl als Feststellungs- wie als Verurteilungsklagen wirken können, sieht vielmehr in der Klage aus § 259 ZPO. eine Kondemnationsklage.[2]) Die Richtigkeit dieser Annahme geht einerseits aus dem Wortlaut des Paragraphen selbst, andererseits daraus hervor, daß ja sonst die durch die Novelle von 1898 erfolgte Einfügung des § 259 neben § 256 ZPO. überflüssig gewesen wäre.[3])

Dasselbe Resultat ergibt auch die Untersuchung der Vorgeschichte des Paragraphen. In der Denkschrift zur Novelle von 1898 wurde den §§ 231a—231c (den heutigen §§ 257—259 ZPO.) folgende Glosse beigefügt: „Es muß zu einer Beeinträchtigung der Interessen des Gläubigers führen, wenn ihm . . . die Möglichkeit versagt bleibt, ein Urteil zu erwirken, das als solches mit dem Eintritt des betreffenden Zeitpunktes die Zwangsvollstreckung gestattet . . .“ Es ist daraus unzweifelhaft zu ersehen, daß der doch sicherlich nicht ganz belanglose „Wille des Gesetzgebers“ auf Schaffung eines vollstreckbaren d. h. eines Leistungsurteils ging. Die Richtigkeit der herrschenden Ansicht ist also durch Hölder nicht widerlegt worden.

Über die praktische Bedeutung des § 259 ZPO. für die Unterlassungsklage ist ein heftiger literarischer Streit namentlich zwischen Hellwig und Stein entstanden.

Hellwig geht von der Voraussetzung aus, daß eine Unterlassungsklage immer nur Klage auf künftige Leistung sein könne und folgert mit der Begründung, daß die Erhebung einer Klage auf künftige Leistung nur unter den Voraussetzungen des § 259

---

[1]) Hölder a. a. O. S. 26 ff.

[2]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 398. Langheineken, Anspruch und Einrede S. 261. Vgl. ferner die Kommentare zur Zivilprozeßordnung von Seuffert, Gaupp-Stein, Struckmann-Koch unter § 259.

[3]) Kisch, Beiträge zur Urteilslehre S. 20 ff.

ZPO. möglich sei, daß dieser Paragraph gleichzeitig eine generelle Regelung der Rechtsschutzvoraussetzungen der Unterlassungsklage im allgemeinen enthält.[1]) Nach § 259 ZPO. ist die Erhebung der Klage schlechthin unter der Voraussetzung zulässig, daß die Besorgnis gerechtfertigt ist, der Schuldner werde sich der rechtzeitigen Leistung entziehen, während in den vom Bürgerlichen Gesetzbuch (z. B. in den §§ 12, 550, 1004 u. s. w.) normierten Fällen ein Klagrecht auf Unterlassung erst dann gewährt ist, wenn bereits eine tatsächliche Zuwiderhandlung (Beeinträchtigung des Eigentums, eigenmächtige Besitzstörung u. s. w.) erfolgt ist und die Wiederholung derartiger Störungen zu befürchten bleibt. Da also die Voraussetzungen für die Unterlassungsklage nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch bedeutend strenger sind, als die einer Klage auf künftige Leistung nach § 259 ZPO., folgert Hellwig, daß durch die weitgefaßte Formulierung des letztgenannten Paragraphen die Vorschriften der §§ 12, 550, 862, 1004, 1017, 1027, 1065, 1090, 1227, 1134 BGB. außer Kraft gesetzt seien nach dem Grundsatz: lex posterior derogat priori.[2]) Demgemäß läßt Hellwig die Unterlassungsklage, wofern nur ein Unterlassungs*anspruch* zugrunde liegt, ganz allgemein dann zu, wenn die Besorgnis der Zuwiderhandlung begründet ist, ohne daß bereits eine Zuwiderhandlung vorangegangen ist.

Die herrschende Meinung und namentlich Stein[3]) hat diese Interpretation des § 259 ZPO. m. E. mit vollem Recht abgelehnt. Daß Stein sogar so weit geht, die Anwendbarkeit des Paragraphen auf die Unterlassungsansprüche überhaupt zu leugnen, ist bereits erwähnt worden. Aber auch wenn man sich dieser Ansicht Steins nicht anschließt, ist es m. E. möglich, das Resultat Hellwigs zu vermeiden.

Hellwig fußt, wie ausgeführt, darauf, daß jeder Unterlassungsanspruch lediglich eine *zukünftige Leistung* zum Gegenstande hat

---

[1]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 6, 26, 350 ff.

[2]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 393 ff., Lehrbuch S. 373 ff.

[3]) Stein, Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes S. 118 ff.

und daß infolgedessen § 259 ZPO. der einzige Weg ist, um ihn geltend zu machen. Das kann aber nicht richtig sein; denn wie früher nachgewiesen würde, ist jeder Anspruch auf Unterlassen, soweit er bereits fällig ist, auf ein gegenwärtiges und nur im übrigen auf ein künftiges Unterlassen gerichtet.[1] Damit ist auch die Konsequenz Hellwigs, daß der Unterlassungsanspruch nur nach § 259 geltend gemacht werden kann, gefallen. Bei diesem Ergebnis muß allerdings zugegeben werden, daß es an einer allgemeinen Normierung der Klagevoraussetzungen für die Unterlassungsklage fehlt. Doch ist auch ohne dies eine befriedigende Lösung unserer Frage möglich. Wie nämlich aus dem Wortlaut der mehrfach erwähnten Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuchs hervorgeht, bestimmt dieses in jedem einzelnen Falle, unter welchen Voraussetzungen man auf Unterlassung klagen kann.[2] Es folgt daraus, daß die Regelung der Rechtsschutzvoraussetzungen für die Unterlassungsklage deshalb nicht in der Zivilprozeßordnung zu finden ist, weil das materielle Recht ihre Normierung übernommen hat.

Aber noch andere Gründe sprechen dagegen, daß die erwähnten Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuchs durch § 259 ZPO. aufgehoben worden sind. Dem steht zunächst der wohlberechtigte Zweifel entgegen, ob anzunehmen ist, daß diese Paragraphen noch vor ihrem Inkrafttreten durch eine lex posterior, das Geisteswerk ein und derselben Kommission, der sie selbst ihre Entstehung verdanken, aufgehoben sein sollen. Ferner fragt es sich, ob § 259 ZPO. wirklich dem Bürgerlichen Gesetzbuch gegenüber das jüngere Gesetz ist, da er wie dieses erst am 1. Januar 1900 in Kraft getreten ist und ob nicht vielmehr das zweifellos vorhandene Verhältnis der Korrelativität, in dem das Bürgerliche Gesetzbuch und die Zivilprozeßordnung zueinander stehen, einer derartigen Derogation, wie sie

---

[1]) So auch Langheineken, Anspruch und Einrede, S. 248 f., S. 261. Lehmann S. 93 ff. Vgl. auch Kohler in Grünhuts Zeitschrift Bd. 14 S. 11.

[2]) Vgl. Stein a. a. O. S. 32, 121 ff.

Hellwig annehmen will, entschieden widerspricht.[1] Schließlich spricht gegen die Aufhebung der genannten Paragraphen noch eine rein dogmatische Erwägung.

Bei jedem Anspruch, den unser Recht kennt, ist zwischen den materiellen und prozessualen Klagvoraussetzungen scharf zu scheiden. Prüft man nun irgend einen der von der Unterlassungsklage handelnden Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, z. B. § 1004 nach jenen materiellen und prozessualen Voraussetzungen, so findet man, was bereits erwähnt ist, daß das Gesetz ausdrücklich bestimmt: auf Unterlassung kann man dann „klagen", wenn das Eigentum in einer gewissen Weise beeinträchtigt wird und weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind. Es dürfte klar auf der Hand liegen, daß damit die prozessualen Bedingungen der Unterlassungsklage gegeben sind. Dem steht, wie Hellwig[2]) selbst hervorhebt, in keiner Weise entgegen, daß § 1004 in einem Gesetz materiellen Inhalts und nicht in der Zivilprozeßordnung steht. Das ändert vielmehr an der prozessualen Bedeutung jener Normen gar nichts. Welches sind aber die materiellen Voraussetzungen unserer Klage? Wofern man nicht der Meinung ist, daß von vornherein ein Anspruch auf Unterlassung gegen jedermann besteht — zu dieser Theorie wird später bei Behandlung der besonderen Voraussetzungen unserer Klage Stellung zu nehmen sein — kann man nur zu der auch hier vertretenen Ansicht gelangen, wonach auch der materielle Anspruch auf Unterlassung erst dann entsteht, wenn bereits eine Zuwiderhandlung erfolgt ist. Ist aber das richtig, so ist es undenkbar, daß die Normierung der Rechtsschutzvoraussetzungen unserer Klage, wie sie durch das Bürgerliche Gesetzbuch bezw. andere materiellrechtliche Gesetze erfolgte, durch § 259 ZPO. ersetzt sein soll. Wäre das richtig, würde also die Unterlassungsklage schon vor der Zuwiderhandlung, bei der bloßen Besorgnis einer solchen zulässig sein, dann hätten wir eine Klage ohne zugrunde liegenden

---

[1]) Vgl. Stein a. a. O. S. 120. Geib im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 94 S. 340. Langheineken, Anspruch und Einrede S. 261.

[2]) Hellwig, Lehrbuch I. Bd. S. 150 A. 1.

Anspruch,[1]) was aber nicht nur ein Unding wäre, sondern auch dem Wortlaut des § 259 selbst wiederspräche, der ausdrücklich von einem „Schuldner" spricht. Daß ebenso in den andern gesetzlich normierten Fällen ein materieller Unterlassungsanspruch erst mit der Zuwiderhandlung entsteht, wird später nachzuweisen sein. Hieraus folgt also, daß es nicht richtig sein kann, mit Hellwig aus § 259 ZPO. die Rechtsschutzvoraussetzungen der Unterlassungsklage entnehmen zu wollen.

Hellwigs Konstruktion ließe sich auch dadurch nicht halten, daß man die Ansprüche, welche zu ihrer Entstehung eine Zuwiderhandlung erfordern, als durch die Zuwiderhandlung bedingt ansieht und demzufolge schon vorher die Klage aus § 259 ZPO. zuläßt. Wenn es auch ohne weiteres zugegeben werden mag, daß unter der künftigen Leistung, von der § 259 redet, auch recht gut eine Leistung aus einem bedingten Anspruch verstanden werden kann, so ist doch daran festzuhalten, daß die Bedingtheit des Anspruchs sich nur auf seine Wirksamkeit, nicht auch auf seine Existenz beziehen darf, mit andern Worten: § 259 ZPO. spricht von einem Anspruch auf künftige Leistung, nicht von einem künftigen Anspruch auf Leistung.[2])

Noch viel weniger als diesem Versuch Hellwigs, die absoluten Unterlassungsansprüche auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuches durch die Klage aus § 259 ZPO. zu ersetzen, kann einer andern Theorie dieses Autors zugestimmt werden, die sich auf den Schutz der Forderungsrechte gegen Dritte bezieht. Hellwig behauptet nämlich, daß jede persönliche Forderung gegen Beeinträchtigung seitens dritter Personen durch einen gegen jedermann wirksamen Anspruch auf Unterlassung geschützt sei und daß dieser Anspruch

---

[1]) So auch Hellwig selbst a. a. O. S. 26.

[2]) Vgl. Langheineken, Anspruch und Einrede S. 62 und 218, Entscheidung des Oberlandesgerichts Jena vom 18. Februar 1901 (Mugdan und Falkmann, Rechtsprechung Bd. 2 S. 442). Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen 1. Bd. S. 242. Seuffert, Kommentar zur ZPO. A. 2 zu § 259. A. M. Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 384.

im Wege des § 259 ZPO. schon dann klageweise geltend gemacht werden könne, wenn die Beeinträchtigung seitens des Dritten noch bevorsteht.

Zu dieser Lehre gelangt Hellwig dadurch, daß er, ausgehend von den im Bürgerlichen Gesetzbuch nachweisbaren Fällen, in denen ein Dritter über ein Forderungsrecht des Gläubigers verfügt (vgl. z. B. die §§ 407, 408, 412, 808, 1070, 1275 BGB.)[1]), darauf hinweist, daß der Gläubiger hiergegen durch den Anspruch auf das durch die Verfügung Erlangte (§§ 816, 822 BGB.), unter Umständen auch durch eine Schadensersatzforderung geschützt sei. Daraus gehe hervor, daß die Möglichkeit einer Verletzung der Obligation durch Dritte vom Gesetz anerkannt sei. Die Gewährung einer Klage auf Unterlassung sei daher nur eine notwendige Konsequenz davon, daß für die moderne Auffassung, „das Forderungsrecht einen Vermögensbestandteil bildet, dessen Integrität .... gegen den geschehenen oder drohenden Eingriff Dritter nach Analogie des Eigentumsrechts an Sachen geschützt werden muß".

Es wird nachzuweisen sein, daß diese Konsequenz Hellwigs nicht richtig ist. Neu ist die Ansicht Hellwigs jedenfalls nicht. Schon Neuner[2]) hat behauptet, es existiere eine „allgemeine Bürgerpflicht," jedes Rechtsverhältnis, also auch die obligatorischen Rechte, nicht zu verletzen, bezw. sie sogar anzuerkennen. Aber Neuner geht nicht einmal so weit wie Hellwig, denn er will seinen Grundsatz nicht auf Fälle anwenden, bei denen der Schuldner gegen den Verletzer der Obligation einen Ersatzanspruch erhält und diesen geltend machen oder seinem Gläubiger abtreten muß. Von den Einwänden, die bereits Thon gegen Neuners Theorie erhoben hat, können einzelne wohl auch noch gegenüber Hellwig durchgreifen.

Gegen den Hellwigschen Satz, das Forderungsrecht genieße

[1]) Weitere Beispiele bei Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 42, 43.

[2]) Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse (1866), S. 70—72, 149, 151, 152, 166. Vgl. auch Bremer, Pfandrecht und Pfandobjekte (1867), S. 16 ff., 93.

einen dem Eigentum analogen Rechtsschutz, läßt sich namentlich auch das Beispiel heranziehen, das Thon zur Widerlegung Neuners benutzt. „Habe ich“, so schreibt Thon,[1]) „einen Hasen am Fenster hängen, und mein Nachbar verspricht seinem Mietsmann, mir das Wild abzukaufen und jenem zu schenken, so wird der Promittent frei, wenn ich den Hasen verzehre oder sonstwie zerstöre. Und tue ich dies wissend, daß letzterer Gegenstand einer Obligation geworden ist, und in der Absicht, die Obligation zu vernichten, so soll ich dem Gläubiger haftpflichtig werden?“

Nach der allgemeinen Fassung, die Hellwig dem von ihm hergeleiteten Schlußsatz gegeben hat, wäre diese Frage zu bejahen. Ja noch mehr! Ist es richtig, daß die Forderung eigentumsähnlichen Schutz genießt, also schon gegen bloß objektiv rechtswidrige Eingriffe reagiert, so wäre eine Unterlassungsklage aus § 259 ZPO. gegeben, auch wenn der Eigentümer den Hasen verzehrt hat, ohne eine Ahnung von der Obligation zu haben, deren Gegenstand der Hase geworden ist. —

Aber selbst wenn man annimmt, daß Hellwig bei der Formulierung seines Prinzips an Fälle dieser Art nicht gedacht hat, kann die Richtigkeit seiner Auffassung nicht zugegeben werden.

Hellwigs Ansicht stützt sich auf die Existenz eines Verbots, also — von der Seite des Verbotsadressaten — einer Pflicht, Eingriffe in fremde Obligationen zu unterlassen.

Aber existiert denn eine solche Pflicht? Daß ihre Existenz durch positiven Rechtssatz normiert werden könnte, soll zugegeben werden. Es soll auch zugegeben werden, daß unser Bürgerliches Gesetzbuch eine nicht geringe Anzahl von Fällen kennt, in denen Verfügungen über fremde Forderungen behandelt werden. Aus der Möglichkeit derartiger Verfügungen kann aber, wie Lehmann treffend hervorhebt,[2]) niemals auf ein Verbot solcher Verfügungen geschlossen werden. Unserem geltenden Recht ist jedenfalls ein solches Verbot nicht zu entnehmen.

[1]) Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht S. 207, 209 ff.

[2]) Lehmann S. 95.

Nun könnte man allerdings auf den Ausweg verfallen, unter dem „sonstigen Recht,“ dessen Verletzung in § 823,1 BGB. unter Schadensersatzpflicht gestellt wird, auch das Forderungsrecht zu verstehen. Ließe sich diese Annahme rechtfertigen, so wäre es m. E. unzweifelhaft zulässig, aus der Schadensersatzpflicht auf die Existenz einer Unterlassungspflicht genannter Art zu schließen.

Eine eingehende Untersuchung ist in der Schrift von O. Chr. Fischer [1]) niedergelegt, deren Ausführungen man im wesentlichen beistimmen kann. Aber auch dieser Autor hält es für ausgeschlossen, daß die Verletzung eines Forderungsrechts dem Gläubiger gegen den Dritten einen unmittelbaren Schadensersatzanspruch gewähren sollte. Würde man nämlich einen solchen Anspruch anerkennen, so käme man doch bei seiner praktischen Anwendung in die größten Schwierigkeiten. Abgesehen davon, daß in manchen Fällen die Zahl der ersatzberechtigten Gläubiger infolge des Kausalzusammenhangs eine fast unübersehbare werden kann, würde namentlich mit der aus § 823,1 abgeleiteten Gewährung eines Schadensersatzanspruchs an den Gläubiger der beeinträchtigten Forderung auch der im Bürgerlichen Gesetzbuch beobachtete Grundsatz, daß nur der unmittelbar Geschädigte ersatzberechtigt sei, durchbrochen werden. Auf die weiteren von O. Chr. Fischer angeführten Gründe, namentlich auf die durch Anerkennung des Schadensersatzanspruchs herbeigeführte Neuschaffung des ius ad rem, welches doch durch das Bürgerliche Gesetzbuch beseitigt sein sollte, kann hier nicht näher eingegangen werden. Daß aber der hier vertretene Standpunkt auch im positiven Recht nachweisbar ist, zeigen die §§ 884 und 885 BGB. Nach diesen Vorschriften hat im Falle der schuldhaften, rechtswidrigen Tötung eines Menschen derjenige, dem der Getötete kraft des Gesetzes unterhalts- oder dienstpflichtig war, gegen den Täter, durch dessen Delikt die Forderung auf Unterhalt bezw. Dienstleistungen vernichtet wurde, einen Schadensersatzanspruch. Wäre eine allgemeine Schadensersatzpflicht bei Verletzung von

[1]) O. Chr. Fischer, Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung, S. 132 ff., besonders S. 148 ff.

Forderungsrechten bereits nach § 823,1 BGB. zulässig, dann hätte es dieser Normen nicht mehr bedurft. Argumento e contrario kann man also folgern, daß das Gesetz selbst diese beiden Fälle nur wegen ihres exzeptionellen Charakters unter Schadensersatzpflicht stellte und eine besondere Regelung eben deshalb für notwendig hielt, weil eine Auslegung des § 823,1 BGB. in dem oben bekämpften Sinne nicht möglich ist.

Aus den bisherigen Ausführungen wird also wohl hervorgegangen sein, daß es irrig ist, die Verletzung des Forderungsrechts unter den Begriff des „sonstigen Rechts“ in § 823,1 BGB. zu stellen und dem geschädigten Gläubiger einen unmittelbaren Ersatzanspruch gegen den Störer zu geben.

Damit entfällt aber auch die Möglichkeit, eine gesetzlich anerkannte Pflicht anzunehmen, die bestehenden Forderungsrechte anderer nicht zu stören.

Noch weniger wird es möglich sein, die Existenz eines absoluten Rechts an der Forderung anzunehmen, womit allerdings bei dem ausschließlichen Charakter der absoluten Rechte für die Gewährung einer Klage auf Unterlassung jeder Beeinträchtigung der Forderung viel gewonnen wäre. Doch lassen sich für das Bestehen eines derartigen Ausschließungsrechts an der Forderung keine Beweise erbringen. Abgesehen von dem mindestens eigenartigen Charakter einer solchen Konstruktion, welche den in unserem Gesetzbuch streng durchgeführten Gegensatz zwischen obligatorischen und dinglichen Rechten zu verwischen geeignet wäre, könnte ihr schon deshalb nicht beigepflichtet werden, weil unsere Gesetzgebung in der Schaffung von absoluten Rechten stets sehr zurückhaltend war und daher in Ermangelung eines jeden Anhaltspunktes die Vermutung nicht für, sondern gegen ein absolutes Recht spricht.[1])

Jedenfalls kann soviel schon jetzt gesagt werden: mag man auch wirklich auf diesem oder jenem Wege zur Anerkennung einer Pflicht gelangen, die Forderungsrechte Dritter nicht zu stören,

---

[1]) Vgl. dazu Stammler, Recht der Schuldverhältnisse S. 10 ff.

ein besonderer **Anspruch** auf Unterlassung dieser Störung **ist damit in keinem Falle gegeben.**[1])

Wenn auf diese Weise bisher Hellwig in keinem Punkte beigepflichtet werden konnte, so ist damit doch nicht gesagt, daß der Gläubiger gegenüber Eingriffen in sein Forderungsrecht ganz schutzlos ist. Im Gegenteil verleiht ihm das Bürgerliche Gesetzbuch eine ganze Reihe von Hilfsmitteln gegen derartige Eingriffe. O. Chr. Fischer[2]) nennt folgende diesem Zweck dienende Rechtsbehelfe: die Schadensersatzklage aus § 826 BGB. bei vorsätzlicher, den guten Sitten widerstreitender Vermögensverletzung durch Eingriff in die Forderung; aus § 823, 2, wenn der Eingriff in die Forderung gegen ein „Schutzgesetz" verstößt; aus § 830, wenn der Störer gemeinsam mit dem Schuldner das Eingriffsdelikt begangen oder diesen dazu angestiftet hat; aus § 945 ZPO., wenn die Forderung durch eine Arrestmaßnahme beeinträchtigt wurde, die sich später als ungerechtfertigt erweist; ferner die Schadensersatzklage, wenn der Forderungsberechtigte sich im Besitz der Sache befindet, wobei die Klage auf § 823, 1 oder 823, 2 zu stützen ist, je nachdem der Besitz als absolutes Recht oder nur als rechtlich geschütztes Interesse betrachtet wird. Schließlich werden in vielen Fällen die §§ 281 und 323 BGB. Anwendung finden, nach denen bei gegenseitigen Verträgen der Gläubiger, wenn seine Forderung durch einen Dritten beeinträchtigt ist, vom Schuldner Abtretung der Surrogation verlangen darf, dann aber auch seinerseits zur Leistung verpflichtet bleibt.

Dieser letzterwähnte Fall hat offenbar mit § 259 ZPO. gar nichts zu tun. In den anderen Fällen handelt es sich um Verleihung eines Schadensersatzanspruchs gegen den Störer, allerdings, worauf wohl zu achten ist, nicht wegen Eingriffs in die Forderung

---

[1]) So auch Wendt im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 92 S. 85 N. 45a. Lehmann S. 95. Nur beim Nießbrauch an Forderungen erkennt § 1053, 1068 BGB. eine Unterlassungsklage des Hauptberechtigten gegen den Nießbraucher an. Über diesen speziellen Fall wird noch weiter unten gehandelt werden.

[2]) O. Chr. Fischer a. a. O. S. 134 ff.

als solcher, sondern weil dieser Eingriff den Tatbestand eines Delikts erfüllt. Inwieweit bei Schadensersatzansprüchen ohne weiteres auf Unterlassung geklagt werden kann, wird später erörtert werden. Soviel aber kann vorweg genommen werden, daß der Schadensersatz gemäß dem vom Bürgerlichen Gesetzbuch adoptierten Prinzip der Naturalrestitution nach § 429 BGB. sehr wohl im konkreten Falle in einer Unterlassung bestehen kann. Auf diese Weise würde also tatsächlich der Eingriff in eine Forderung eine Unterlassungsklage zur Folge haben können. Doch wird auch hier § 259 ZPO. nicht anwendbar sein, weil er, wie erwähnt, einen bestehenden Anspruch auf Unterlassung voraussetzt, ein solcher aber in allen genannten Fällen erst nach dem tatsächlich erfolgten Eingriff in das Forderungsrecht und nicht, wie Hellwig will, schon vorher vorhanden sein kann.

Die Ausdehnung, welche Hellwig dem § 259 ZPO. geben wollte, ist also ganz bedeutend zusammengeschrumpft und beschränkt sich, da bei den absoluten Rechten vor der Zuwiderhandlung kein Anspruch vorhanden ist, im wesentlichen auf die obligatorischen Rechtsverhältnisse. Zu demselben Resultat, allerdings auf etwas anderem Wege, gelangt auch Mannhardt.[1]) Darin aber ist Mannhardt nicht beizupflichten, wenn er in § 259 ZPO. „nur die besondere, eigentlich überflüssige Anerkennung der Unterlassungsklage für die obligatorischen Verhältnisse" sieht. Im Gegenteil! Auf dem Gebiet des Obligationenrechts wird § 259 gerade eine besondere Bedeutung z. B. bei betagten Unterlassungsansprüchen, jedenfalls aber dann haben, wenn zwar bereits ein Anspruch auf die Unterlassung gegeben ist, die Rechtsschutzvoraussetzungen für die normale Unterlassungsklage aber noch ausstehen. Als Beispiel könnte man sich etwa den Fall denken, daß sich ein Klavierlehrer seinem Zimmernachbarn gegen eine Vergütung verpflichtet, vom 1. Oktober ab in seiner Wohnung keine Klavierstunden zu erteilen, weil diese fortwährende „Musik" eine kranke Person nicht zur Ge-

[1]) Mannhardt in der Deutschen Juristenzeitung 1903, S. 416 ff.

nesung gelangen läßt. Wenn nun etwa dieser Klavierlehrer zunächst zwar seine Pflicht ordnungsmäßig beobachtet, vom 15. Oktober ab jedoch täglich in der Zeitung ein Inserat erscheinen läßt, in dem er sich zum Klavierunterricht „in und außer dem Hause" empfiehlt, dann wird eine Klage aus § 259 ZPO. das einzige Mittel sein, um die drohende Zuwiderhandlung gegen die übernommene Unterlassungspflicht zu verhindern.

Ergebnisse.

§ 11.

Als Ergebnis unserer Untersuchungen über den negativen Leistungsanspruch und die Geschichte seines Rechtsschutzes werden folgende Punkte hervorzuheben sein:

Wohl kannte schon das römische Recht bis auf Justinian einzelne Mittel des präventiven Rechtsschutzes. Doch haben diese mit der Unterlassungsklage des heutigen Rechts nichts zu tun, da sie nicht eine Unterlassung unmittelbar zum Inhalt hatten, sondern, wie die römischrechtlichen Klagen überhaupt, nur auf eine pecuniaria condemnatio hinzielten. Erst in der Zeit der Glossatoren und Postglossatoren ging man dazu über, bei Klagen negativen Inhalts das Urteil nicht auf das Geldinteresse, sondern auf den Klaginhalt, die Unterlassung selbst, abzustellen. Im deutschen Recht sind negative Leistungsansprüche nur als akzessorische Beigaben positiver Ansprüche nachweisbar. Inhalt der Klage und des Urteils war hier die Unterlassung selbst. Ihre zwangsweise Durchführung wurde ursprünglich durch Begründung von Vertragsstrafen, später durch richterliche Androhung und Verhängung des Königsbanns und namhafter Geldbußen ermöglicht. Das gemeine Recht baute auf der postglossatorischen Entwickelung weiter. Auf die Unterlassung selbst gerichtet, fanden die negativen Leistungsansprüche ihre zwangsweise Durchsetzung zunächst in einer vom Beklagten zu leistenden cautio de non amplius turbando. Erst zu Anfang des 17. Jahrhunderts ging man zu der schon im deutschen Recht üblich gewesenen Praxis über, im Urteil auf die Zuwiderhandlung gegen

die Unterlassungspflicht öffentliche Ungehorsamsstrafen zu setzen. Dieses Verfahren verdrängte allmählich die alte cautio de non amplius turbando völlig und ist im Prinzip auch in unsere Zivilprozeßordnung übergegangen.

Was das Wesen des Unterlassungsanspruchs anlangt, so ist zunächst hervorzuheben, daß sein Inhalt, die Unterlassung, lediglich in der Nichtherbeiführung eines äußeren Erfolges besteht. Dieses rein passive äußere Verhalten kann, muß aber nicht mit einem entsprechenden, auf das Unterlassen gerichteten Willensentschluß verbunden sein. Äußere Wirkungen physiologischer Art werden nur in den seltensten Fällen wahrzunehmen sein. Der Unterlassungsanspruch richtet sich lediglich auf dieses passive äußere Verhalten, will aber die Willenstätigkeit des Schuldners nicht unmittelbar beeinflussen. Trotz dieses rein negativen Charakters der Unterlassung stellt sie das Bürgerliche Gesetzbuch in seinem § 241 auf eine Stufe mit der positiven Leistung, wenn auch ihr Wesen von dem der positiven Leistung durchaus verschieden ist. Nichts anderes als eine Unterart der Unterlassung ist die Duldung, d. h. das Unterlassen jedes Widerspruchs und Widerstandes gegen eine fremde Handlung, die ohne die Existenz der Duldungspflicht rechtswidrig wäre. Die Duldungsklagen sind daher ebenso wie die anderen Unterlassungsklagen zu behandeln; eine Ausnahme machen nur die Klagen auf Duldung der Zwangsvollstreckung, welche nichts anders als Feststellungsklagen sind. Im übrigen aber kann die aus einem Unterlassungsanspruch erhobene Klage nicht als Feststellungsklage angesehen werden, sondern ist als Leistungsklage zu bezeichnen. Nach § 259 ZPO. ist die Erhebung der Klage schon vor der Zuwiderhandlung statthaft, wenn die Besorgnis nachgewiesen wird, daß eine Zuwiderhandlung bevorsteht. Doch ist die Zulässigeit dieser Klage auf den Fall zu beschränken, daß bereits ein Anspruch auf die Unterlassung gegeben ist. Die Klage muß also abgewiesen werden, wenn es sich um absolute Rechte handelt, da bei diesen der Anspruch auf Unterlassnng erst mit der Zuwiderhandlung entsteht. Die von Hellwig vertretene Auffassung, wonach

§ 259 ZPO. eine generelle Regelung der Rechtsschutzvoraussetzungen der Unterlassungsklage enthalten soll, kann nicht geteilt werden. Die Rechtsschutzvoraussetzungen der genannten Klage sind vielmehr überhaupt nicht in der Zivilprozeßordnung, sondern im Bürgerlichen Gesetzbuch und den anderen in Frage kommenden Reichsgesetzen für jeden Fall besonders geregelt. Sie bestehen zumeist in der Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungspflicht und der Besorgnis weiterer Störungen, in einzelnen Fällen auch noch in anderen Tatsachen, und sind in jedem Falle vom Kläger zu beweisen.

Lebenslauf.

Ich, Friedrich Wilhelm Alfred Stephan, katholischer Religion, bin als Sohn des Lehrers Hugo Stephan in Gleiwitz am 18. Oktober 1884 daselbst geboren. Ich besuchte zunächst von 1890 bis 1894 die Simultanschule und hierauf das Königliche katholische Gymnasium in Gleiwitz, das ich Ostern 1903 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Ich bezog hierauf die Universitäten Breslau und München und studierte sechs Semester Rechtswissenschaften. Am 21. Juni 1906 bestand ich in Breslau mein Referendarexamen, am 30. Juli desselben Jahres mein examen rigorosum.

Während meiner Studienzeit hörte ich die Vorlesungen folgender Herren Dozenten:

Fischer, Leonhard, Jörs, Triebs, Semrau, Baumgartner, Volz, Storch, Dahn, Stern, Sombart, Kampers, Cohn, v. Amira, Birkmeyer, Hellmann, v. Seuffert, Grueber, Neumeyer, v. Mayr, Beyerle, Kleineidam, Engelmann, Gretener, Brie, Wolf, Heilborn, Hedemann.

Allen meinen hochverehrten Herren Lehrern sage ich für den genossenen Unterricht auf diesem Wege meinen herzlichsten Dank.

Zu ganz besonderem Dank aber bin ich verpflichtet Herrn Geheimen Justizrat Professor Dr. Fischer, der mir bei der Abfassung der vorliegenden Arbeit wiederholt wertvolle Anregungen gab und mich auch sonst in wohlwollendster Weise unterstützte, sowie Herrn Geheimen Justizrat Professor Dr. Leonhard, der als Korreferent meiner Arbeit mir des öfteren ein liebenswürdiges Interesse entgegenbrachte und mir für die Arbeit schätzenswerte Fingerzeige gab.